سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي

ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د محمد أحمد سراج   أ.د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج　　أ. د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع

لصاحبها

عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى

1421 هـ - 2001 م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية

هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم النبيين .

وبعد فنبدأ الجزء الثالث من كتاب « المقارنات التشريعية » راجين من الله أن يسدد خطانا وأن يهدينا سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل .

القسم الخامس

الكتاب الأول

دليل العقود والالتزامات

بند [1] القانون الفرنسي

دليل العقود والالتزامات :

كلمة (دليل) لها عدة استعمالات :

1 - تستعمل في كل وسيلة مستعملة للدفاع لإظهار وجود فعل مدعى به ومنكر من الخصم .

2 - تستعمل في نفس تقديم الأدلة في هذه القضايا أمام القضاء .

3 - وتستعمل أخيرًا فيما يؤثر على أفكار القضاة في القضايا فهو مقابل لإظهار وإيضاح .

مادة الدليل : مادة الدليل هي فعل طبيعي مادي يؤخذ منه نتائج قضائية ولا يتعلق بالحق المثبت نفسه لأن الحق في ذاته ثابت موجود ولكن الدليل يظهره ، ويمكن أن يكون الدليل غير مادي كدليل العادة والاستعمال ، وكنص قانون أجنبي فيجب على من ادعى ذلك تقديم الدليل ، وعلى من ادعى أنه دائن إثبات وجود الالتزام من المدين ، وعلى من يدعي براءة ذمته من الالتزام إثبات عدم مشغولية ذمته بأي سبب من أسباب تلاشي الدين .

وسائل الدليل خمسة : الدليل الكتابي ، الشهادة ، القرائن ، الاعتراف ، اليمين .

الدليل الكتابي : وهو كل مكتوب تحرر بين الطرفين وقت تكوين الإشهاد

القانوني لإيجاد وتحديد كل القواعد الحقيقية عند الاختلاف اللاحق .

أولًا : الإشهاد الرسمي : وهو كل مكتوب عمل بمعرفة موظف عام مختص مع العلانية المنصوص عنها قانونًا ، كإشهاد أمام مسجل العقود ، أو إشهاد أمام كاتب الأحوال الشخصية إلخ .

قوة الإشهاد الرسمي الإثباتية : الإشهاد الرسمي حجة فيما تدون فيه حتى يثبت خلافه ، بمعنى أنه لا يعارض إلا إذا أثبت المدعى عليه أن محرر الإشهاد أثبت فيه غير الحقيقة ، ولذلك طريق خاص .

وما تدون في الإشهاد الرسمي ثلاثة أقسام : قسم سمعه ، أو رآه ، أو أتمه الموظف المختص ، وهذا حجة فيه حتى يثبت التزوير ، وذلك تاريخ الإشهاد حضور فلان وفلان أمامه وقت الإشهاد ، أو دفع نقود أمامه من أحد الطرفين .

وقسم أبلغ إليه ممن أخبره ، أو من الشهود فهو حجة حتى يثبت خلافه ، وذلك كساعة ويوم الولادة مثلًا .

وقسم لا قيمة له في الإشهاد ويعتبر كأن لم يكن ، وذلك في أشياء لم يحتمها القانون على الكاتب المختص بل تبرع هو بذكرها ، كذكر أن المشهد في صحة عقلية يمكنه فيها مباشرة أعماله القانونية .

ثانيًا : الأوراق العرفية :

وهي كل محرر بين الطرفين بإمضائهما بلا تدخل الموظف العام . والقاعدة العامة في الأوراق العرفية أنها تتضمن شيئين : الأول إمضاء الطرفين ، والثاني تاريخ التحرير .

ويجب زيادة على هذه القاعدة في العقد الملزم للطرفين ، كالبيع والبدل مثلًا ، أن يحرر صورا من العقد بقدر أفراد التعاقد الذين لهم مصلحة فيه مباشرة ، وأن يذكر في كل صورة عدد الصور المحررة من العقد المذكور ، وذلك ليكون عند كل طرف دليل كتابي يثبت حقوقه قبل الآخرين . وعقاب من يخالف تعداد الصور أنه لا يمكنه استعمال العقد كطريق للإثبات في القضايا ، بل ولا مقدمة للإثبات كدليل كتابي يمكن سماع شهود معه .

ويجب في العقود المدنية الملزمة للطرفين إيداع نسخة في قلم التسجيل في مدة

ثلاثة أشهر من تاريخ العقد ، ومن يخالف يحكم عليه بغرامة 50 فرنكًا على الأقل .

ويجب في العقد الملزم لطرف واحد أن يكون كله محررًا بخط من تعهد فيه متى كان مبلغًا معينًا من المال أو شيئًا له قيمة . ولا بد من ذكر المبلغ أو الشيء الذي تعهد به بالأحرف علاوة على الأرقام ، فإن خولفت هذه القواعد فلا يصلح المحرر كدليل كتابي ، ولكن كابتداء دليل يصح الإثبات معه بشهود .

ويعفى من قاعدة التحرير التجار لسرعة أعمالهم وأصحاب المهن ، والفلاحون ، والجناينية ، والعمال اليوميون ، والخدم لعدم معرفتهم القراءة ، والكتابة .

قوة إثبات الأوراق العرفية : تكون الأوراق العرفية سندًا ما لم ينكر المدعى عليه توقيعه . فإن أنكر توقيعه فعلى من تمسك بالسند إثبات حقيقة ما كتب بدعوى خاصة . ومتى اعترف المدعى عليه بالأوراق العرفية ، كانت كالأوراق الرسمية في قوة الدلالة .

التاريخ الثابت للأوراق العرفية :

بين الطرفين المتعاقدين تفيد الأوراق العرفية ذات التاريخ الثابت القطع حتى يظهر دليل آخر .

ولا تفيد القطع فيما بين الطرفين والشخص الثالث هذه الأوراق العرفية التي لا تاريخ لها ثابت إلا بأحد أمور ثلاثة :

(1) تسجيل العقد .

(2) موت أحد الموقعين على العقد من طرفيه .

(3) ذكر العقد في إشهاد رسمي . والمراد بالشخص الثالث من تلقى الحق عن الطرفين المتعاقدين بعنوان خاص .

سجل الأعمال التجارية : السجلات التجارية الواجب اتخاذها للأعمال التجارية تفيد القطع فيما تدون فيها بين تاجرين ، متى كانت السجلات منظمة حسب القانون . وفيما بين التاجر وغيره تؤخذ بما لها وما عليها ، بمعنى أن للقاضي أن يوجه اليمين مع وجودها [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1315 إلى 1333 ، في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول ص 296 – 301 .

بند [2] التشريع الإسلامي

دليل العقود والالتزامات : الدليل هو كل ما قُدِّم من مدعٍ لإثبات دعواه من فعل أو قول أو امتناع أو قرينة ؛ فمن ادعى أن زيدًا أتلف زرعه فدليله الزرع المتلف ومن رآه يتلفه ، ومن ادعى أن زيدًا سبه فدليله إثبات قوله يا زان يا كافر إلخ . فإن عجز المدعي عن الإثبات وطلب يمين خصمه فامتنع عن اليمين فالامتناع دليل المدعي على دعواه الخ . فكل وسيلة مستعملة للدفاع وشأنها إثبات الحق المدعى به فهي دليل .

ومادة الدليل ، وطبيعته غير مادة الحق وطبيعته ، لأن الحق في ذاته موجود بلا وجود دليل عليه . فمن داين آخر بعشرين جنيهًا وأخذ عليه صكًا به فإن الدين وهو العشرون جنيهًا موجود حتى ولو لم يوجد الصك . فإن اعترف المدين بالدين فلا داعي لتقديم الصك ، وإن أنكر وجب تقديم الدليل ، وهو الصك ، فلا علاقة بين وجود الحق ووجود الدليل إلا أن الدليل مثبت للحق ومظهر له عند الإنكار . وقد يكون الدليل ماديًّا وغير مادي .

فمن ادعى أنه دائن لزيد فعليه إثبات دائنيته ، والتزم المدين . ومن ادعى براءة ذمته من الالتزام فعليه إثبات براءة ذمته بأي سبب ، يعني أنه مقر بالالتزام ، ولكنه دفع بأن الدين تلاشى لأي سبب فعليه إثبات ذلك . ولا يقال : إن هذا إنكار محض ، فلا تقام عليه البينة ؛ لأنه إقرار بالالتزام ، ودفع بعدم قيام الالتزام لوقت الطلب وأن ذمته بريئة منه .

وأقسام الدليل أربعة :

(1) الاعتراف شفويًّا أو تحريريًّا . (2) والشهادة .

(3) وقرائن الأحوال . (4) واليمين نكولًا أو أداء .

والاعتراف يشمل الاعتراف الشفوي ، أو الاعتراف الكتابي . والاعتراف الشفوي إما بمجلس القضاء ، وإما خارجَ مجلس القضاء أمام شهود عدول ، وسيأتي مبحث الاعتراف [1] .

---

(1) يقول ابن فرحون : « اعلم أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، وسمى النبي ﷺ الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم كوقوع البيان بقول الرسول ﷺ . وقال ابن القيم : « لم تأت البينة في القرآن مراد بها الشهود إنما أتت مرادًا بها الحجة والدليل والبرهان » وقال أحمد بن حنبل : « متى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عُمل بها » .. تبصرة الحكام جـ 1 ص 202 .

الاعتراف الكتابي : وهو إما في محرر رسمي أمام قاض أو نائبه ، وإما في ورقة عرفية تحررت بين المتعاقدين .

فالإشهاد الرسمي يكون حجة فيما تدون به لما وضع له ، إلا إذا ثبت أن ماَ تَدَوَّن به غير صحيح ، وغير مطابق للواقع ، وذلك بدعوى التزوير فقط لا بإنكار حصوله ، أو بإنكار صدوره عنه . وما تدون في الإشهاد من تاريخ وأفعال رآها القاضي أو نائبه أو أقوال سمعها كذلك ، فهو حجة ، وما شهد به الشهود في الإشهاد الرسمي من تحقيق شخصية ووقوع الفعل أو القول ممن أشهد فهو حجة حتى يثبت خلافه .

والأوراق العرفية : هي المحررة بين الطرفين ، وهي حجة بينهما ما لم ينكرها أحدهما ، ويجوز الاستشهاد على صحة صدروها من الموقع عليها وعلى صحة ما تدون بها . ويجب أن تكون شهادة عدلين على أحد القولين ، ويجوز فيها شاهد ويمين على قول آخر .

ولا بد من حضور الخط عند الشهادة عليه ، ولا بد من معرفته للشهود معرفة تامة .

وتجوز الشهادة من شاهد الصك أن هذا المكتوب صدر عن فلان المدعى عليه ، أو أن ما تضمنه هذا المكتوب صحيحًا متى تَذَكَّر شهادته وتوقيعه ، وإلا فليشهد على توقيعه فقط ولا تنفع المدعي ، وهو أحد قولي الإمام مالك . والقول الثاني : إن عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة والأشياء منها وليس في الكتاب محو ولا ريبة ، فليشهد . وبه أخذ عامة أصحاب الإمام مالك « رضي اللّه عنه » ويكفي في الأوراق العرفية توقيع الطرفين وشهود الواقعة ، ولا يشترط تعدد النسخ بقدر عدد المتعاقدين الذين لهم مصلحة مباشرة في ذلك العقد ، ولا يشترط إيداع نسخة بأي محكمة ، ولا إلى أي جهة .

وعلى الجملة كل ما ذكر في الأوراق العرفية لا يتنافي مع النصوص الشرعية من وجوب حفظ مصالح الناس ، فمتى أمر بها ولي الأمر وجب العمل بها .

الأوراق العرفية بالنسبة للشخص الثالث حجة إذا كان تاريخها ثابتًا رسميًا أمام القاضي أو نائبه ، والأوراق غير الثابتة التاريخ تكون حجة إذا لم ينكرها من نقل إليه الحق ، فإن أنكرها وجب على المتمسك بها إثبات صدورها ممن أصدرها ، ولو ببينة شهود الحادث .

سجل الأعمال التجارية : وهو سجل يرصد فيه التاجر ما خرج من تجارته وما دخل فيها ، والذي يتولى إثبات ذلك إما نفس التاجر ، أو أحد كتابه ، فهو ملك للتاجر صاحب البضاعة ، فلا يصح أن يكون دليلًا على مديونية زيد أو عمر لهذا التاجر بلا توقيع من المدين نفسه لأن معنى تصديق التاجر فيما يدعيه بدفتره هذا أن دعواه صادقة ولو كذبه وأنكر عليه دعواه المدعى عليه ، وهذا مخالف للقواعد العامة المجمع عليها من أن المدعي مطالب بالدليل إذا أنكر المدعى عليه دعواه ، ودفتره هو صانعه . فمهما كان فهو بشر ، وكونه بشرًا يقتضي الطمع وحب المال ، فلا يصح عقلًا أن يؤخذ قوله أو كتابته في دفتره تحت يده حجة يحكم له بها عند الإنكار ، فيجب عليه إثبات دعواه بالبينة عند إنكار المدعى عليه .

أما أن الأعمال التجارية تقتضي السرعة والثقة فلا يبرر الخروج عن أصل أجمع العالم كله على احترامه ، وهو تكليف المدعي بالبينة عند الإنكار ، وخصوصًا في هذا الزمن الذي عمت فيه القراءة والكتابة ، وانتشرت المطابع وأصبح التاجر يمكنه أن يعد صكوكه تحت التوقيع لمن يتعامل لأجل في أقل وقت .

وقد نص المشرع الإسلامي على أحكام دفتر التاجر وهو المسمى (بالبرنامج) ، وهو الدفتر المكتوب فيه أوصاف التجارة المبيعة في عبواتها ، فأباح أن يشتري ثيابًا مربوطة في العدل (العبوة) معتمدًا فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر ، فإن وجدت على الصفة الموضحة لزمت وإلا خير المشتري إن كانت أدنى صفة ، فإن وجدها أقل عددًا وضع عنه من الثمن بقدره ، فإن كان النقص أكثر من النصف لم يلزمه ورد به البيع . فإن وجدها أكثر عددًا كان البائع شريكًا معه بنسبة الزائد وقيل برد ما زاد [1] .

فلو قبضه المشتري وغاب عليه وادعى أنه أدنى أو أنقص مما هو مكتوب في العِدْل (البرنامج) حلف البائع أن ما في العدل موافق للمكتوب ، حيث أنكر ما ادعاه المشتري أي فالقول للبائع بيمينه ، وإلا بأن نكل حلف المشتري ورد البيع ، أو حلف أنه ما بدل فيه وأن هذا هو المبتاع بعينه ، فإن نكل كالبائع لزمه . اهـ .

(1) يقول الدردير عن جواز البيع على رؤية البرنامج : « وعلى رؤية البرنامج بفتح الباء وكسر الميم ، وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العِدْل من الثياب المبيعة أي يجوز أن يشتري ثيابا مربوطة في العدل معتمدًا فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر ، فإن وجدت على الصفة لزم وإلا خُير المشتري إن كانت أدنى صفة فإن وجدها أقل عددًا وضع عنه من الثمن بقدره ، فإن كثر النقص أكثر من النصف لم يلزمه ورد البيع ... إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 11 .

ويفهم من هذا أن دفتر التاجر معتبر كشبه دليل كتابي أو مقدمة دليل كتابي لا دليل قائم بنفسه يصح الاعتماد عليه كحجة ملزمة للمدعى عليه بلا بينة أخرى مضمومة إليه كاليمين مثلًا .

ولا تخيير للقاضي في توجيه اليمين أو عدم توجيهها ، بل يجب توجيه اليمين مع البِرنامِج متى غاب المشتري على ما أخذ ، وإن كان هذا النص جاء في نقص المبيع صفة أو قدرًا ، ولم يأت في الدفتر الذي رصد فيه ثمن المبيع فمن باب أولى لا يكون حجة قطعًا ، لا على تاجر ولا غيره .

بند [3] الاتفاق الخفي [1]

القانون الفرنسي : الاتفاق الخفي محرر سرِّي بين الطرفين يبين حقيقة ما اتفقا عليه مخالفًا لاتفاقهما الظاهري . والاتفاق الخفي يفرض أن الاتفاق الظاهري يخفي غشًّا وأن الحقيقة تدونت في ضده الخفي ، فالاتفاق الخفي هو الحقيقة والاتفاق الظاهري غش وتدليس ، ويمكن تصور التصنع في أربعة أشكال :

أولًا : الإشهاد المتصنع عمل خيالي لا وجود له في الحقيقة كبيع يتم بين مدين وشخص ثالث على شيء ، ثم يحرر بين الطرفين اتفاق سري يعترف فيه المشتري أن المبيع باق ملكًا للبائع ، وهذا البيع فقط لتهريب المبيع من الدائنين .

ثانيًا : الإشهاد المتصنع عمل لإخفاء طبيعة الإشهاد الذي عمل كهبة أخفيت تحت ستار عقد نظير مقابل .

ثالثًا : العقد المتصنع عمل لإخفاء المنتفع الحقيقي من العقد خلف شخص موضوع كهبة لعضو من جمعية دينية مراد بها الهبة لنفس الجمعية الدينية .

رابعًا : التصنع يمكن جعله في شروط العقد كجعله في ثمن البيع .

وبالرغم من أن التصنع في العقود يراد به ضرر الغير أو ضرر الخزينة العامة في الرسوم فإنه ليس سببًا في إلغاء العقود ، ويجب العمل بالاتفاق السري بين الطرفين كما اشترطا ، والذي يجب العمل به بين الطرفين هو العقد السري ، ولا يعمل به فيما

---

(1) هذا هو المعروف في الاصطلاح المعاصر بالعقد الصوري ، وهو ما يمكن أن يقارن بما يعرف في الفقه الإسلامي بالتلجئة أو التلجئة .

بين الطرفين والشخص الثالث ، ولكن يجب العمل بالاتفاق الظاهري المتصنع فقط .

ويمكن جعل التصنع في العقد كالغش مع فارق في أن الغش يحصل من أحد الطرفين المتعاقدين على الآخر ، ولكن التصنع يحصل من الطرفين .

ودليل التصنع بين الطرفين هو العقد الخفي ، وبين الشخص الثالث يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات ؛ لأنه ليس في مقدوره الحصول على العقد السري .

والفرق بين دعوى بولين ودعوى إعلان التصنع ما يأتي :

أولًا : في دعوى بولين الدائن يثبت الغش الذي حصل من المدين بخلاف دعوى إظهار التصنع فليس بلازم .

ثانيًا : الدائن السابق على العمل المدعى عليه دعوى بولين هو الذي يجوز له مباشرة الدعوى ، وليس للدائن اللاحق للعمل مباشرة هذه الدعوى ، بخلاف دعوى إظهار التصنع فلكل الدائنين الحق في دعواها .

ثالثًا : دعوى بولين يمكن رفعها حتى ضد الغير حسن النية . ولأن عمل التدليس من الدائن فهو عمل بدون مقابل ، بخلاف دعوى إظهار التصنع فلا ترفع ضد الشخص الثالث حسن النية؛ حيث أن العقد الظاهر هو الذي يسري بينهم .

رابعًا : ليس للدائنين الحق في دعوى بولين ضد قسمة ميراث ، ثم بمعرفة مدينهم حتى ولو كان بالتدليس لحقوقهم ، ولكن يمكن ادعاء أن القسمة في هذه الحالة من قبيل التصنع الذي أضر بحقوقهم .

صور السندات :

هي صورة طبق الأصل كاملة من إشهاد قانوني ناقصة إمضاء الطرفين . وصورة العقود العرفية لا فائدة منها فلا تَدُلُّ على شيء ، وأما صورة الأوراق الرسمية فتفيد اليقين كأصلها ، لكن قوة إثباتها مؤقتة إذ يمكن دائمًا طلب الأصل ، فإن فقد الأصل فصورتها تفيد قوة الإثبات في :

1 - نسخة الحكم الأصلية .

2 - الصور المأخوذة بإذن قضائي وبحضور الطرفين أو أعلنوا قانونًا .

3 - الصور المأخوذة بدون إذن قضائي ولا برضى الطرفين ، ولكن مضى عليها ثلاثون

سنة بمعرفة الموظف العمومي الأمين على حفظها ، وتكون كابتداء سند مكتوب في :

أولًا : الصور المأخوذة من الموظف الأمين عليها التي لم يمض عليها زمن طويل أقل من ثلاثين عاما .

ثانيًا : إذا كانت الصورة المأخوذة سحبها أجنبي من الطرفين أيًا كان التاريخ .

صورة الصورة لا تفيد شيئًا :

إشهاد الإقرار بسند :

وهو عمل يقصد به الاعتراف بحق ثابت بسند ثابت مسمى سندًا ابتدائيًا ، والغرض من ذلك مضاعف :

1 - قطع سقوط الحق بمضي المدة .

2 - استبدال الإشهاد بالسند الابتدائي في حالة الضياع .

قوة الإثبات ، إذا تضمن الإقرار بالسند منطوق السند أفاد الإثبات كالسند الابتدائي متى فقد هذا ، وإذا لم يتضمن منطوق السند بل مضمونه فلا يفيد شيئًا لكن يقطع المدة لسقوط الحق [1] .

بند [4] الاتفاق الخفي

التشريع الإسلامي : وهو اتفاق يخالف ما اتفق عليه الطرفان ظاهرًا ، فالاتفاق الظاهر هو الصحيح بالنسبة للغير ، والخفي هو الصحيح بالنسبة للطرفين [2] ، غير

(1) انظر البنود : من 1334 إلى 1340 ، في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 301 - 304 .

(2) يعرف الفقه الإسلامي ما يسمى بالعقود الصورية التي يلجأ فيها المتعاقدان إلى إنشاء اتفاقين ، أحدهما ظاهر والآخر مستتر لتحقيق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما . من ذلك أن يتفق شخصان على أن يتبرع أحدهما للآخر بماله أو يبيعه له صوريا على أن يعيد هذا المال إليه عندما يطلب منه ذلك . ويسمى هذا في الفقه الإسلامي بالمواطأة أو التلجئة أو المواضعة ومعنى ذلك أن يتواطأ أو يتظاهر شخصان على إبرام عقد صوري بينهما ، إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على ملكه ، أو على إظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة ، أو على تغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطنا (قضية الاسم المستعار) أي إن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد أو في مقدار البدل أو في الشخص . (انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي ، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد سراج ص 212 ، وانظر : بدائع الصنائع 176/5
=

أنه إن تعارض الطرفان في الاتفاقين الظاهر والخفي ينظر للمرجح في كلا الدعويين ومما أثبتها من دليل ، والترجيح معروف في باب الشهادة .

ففي الإشهاد ببيع ظاهر والاعتراف سرًا أن المبيع باق ملكًا للبائع يجوز للدائنين مهاجمة هذا التصرف ؛ لأنه أضر بمالية مدينهم . ومتى أثبتوا بأي طريق من طرق الإثبات ألغى البيع الظاهري .

وفي الهبة التي أخفيت تحت ستار عقد نظير مقابل يجوز للورثة أو للدائنين إثبات حقيقتها لفسخها والتوريث في التركة أو قضاء الدين [1] .

وفي العقد المتصنع لإخفاء المنتفع الحقيقي من العقد خَلْف شخص موضوع ، فإن أمكن إثباته فيحكم ببطلانه ، وكذلك التصنع في ثمن البيع .

وتبعة التصنع عمود على طرفي العقد لأنهما قد اشتركا في الغش ، والتصنع في العقود أو الغش الواقع من الطرفين ضد الغير ، أو من طرف واحد ضد الغير يصح أن يكون سببًا في الحكم بإبطال تلك العقود متى قام المتضرر منها ، وأثبت حقيقتها حتى ولو بالقرائن .

ومتى ثبت الغش أو التصنع في العقود فقد ثبت أنها على غير حقيقتها ، وقد تحقق ضررها للغير فيجب إزالة الضرر ، وإبطال تلك العقود متى طلب ذلك المتضرر .

صورة العقود : صورة العقود العرفية متى كانت مأخوذة رسمية بمعنى أنه أخذت صورتها من جهة قضائية بإذن منها ، وعليها تحقيق أن هذه صورة طبق أصلها أفادت كأصلها سواء بسواء إلا أن ينكر المدعى عليه الأصل ، فلا تفيد الصورة شيئًا إلا بعد إثبات الأصل .

وأما صور الأوراق الرسمية فهي حجة على ما تدون بها كأصلها ، ويطعن فيها بالتزوير لا بالإنكار .

إشهاد الإقرار : وهو إقرار المدين بحق ثابت في ذمته أمام جهة قضائية ، فإن أفاد المديونية فهو حجة فيما ذكر فيه ولو ضاع السند الأصلي ، فإن كان إقرارًا بلا بيان

= والمادتين 1591 ، 1592 من مجلة الأحكام العدلية ، ونظرية الصورية في التشريع المصري ، دراسة فقهية وقضائية مقارنة للدكتور أحمد مرزوق . طبعة 1958 ص 441 وما بعدها . وقد تناولت المادتان 148 ، 149 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حكم العقد الصوري ، وبينتا أن العقد الحقيقي هو الذي ينفذ فيما بين المتعاقدين ، لأن للدائنين التمسك بالعقد الصوري المعلن . وهو ما تناولته المادتان 244 ، 245 من القانون المدني المصري والمادتان 147 ، 148 مدني عراقي ، والمادتان 368 ، 369 مدني أردني ، والمادتان 199 ، 200 مدني كويتي .

(1) يقول الدردير : « وللمأذون له في التجارة هبة الثواب من ماله ، والأب من مال محجوره الصغير ، أو السفيه هبة الثواب لا غيرها ، فلا يجوز كما لا يجوز له الإبراء من مال محجوره ، ولا يجوز لوصي ولا حاكم ولا غير مأذون له في هبة ثواب ولا إبراء » الشرح الصغير جـ 2 ص 165 وما بعدها جـ 3 ص 347 ، 338 .

(اعتراف بأني مدين لفلان أو ذمتي مشغولة بدين لفلان ولم يبينه) أفاد المديونية ، وعلى الدائن البيان وإثبات بيانه بالدليل أو بشاهد ويمين [1] .

بند [5] الشهادة من الأدلة

القانون الفرنسي : وهي شهادة شخص شفويًا أمام المحكمة ، أو أمام قاض منتدب للتحقيق بما سمع ، أو رأى فيما يتعلق بالقضية المنظورة ، ولا شك أن خطر قبول الشهادة إذا لم تكن محدودة يكون عظيمًا لأنه :

أولًا : قد يعرض للذاكرة خطأٌ أو نسيان يجعل مدلول الشهادة غير مؤكد .

ثانيًا : سماع الشهود يمكن أن يكون بحضور الأخصام ، فيضع القاضي في مضايقات كبيرة .

ثالثًا : يمكن لأحد الخصوم إرشاء الشهود ليشهدوا في صالحه .

وكانت التشريعات الأولى تضع الشهادة في الرتبة الأولى نظرًا للجهالة الفاشية وعدم انتشار القراءة والكتابة ، ثم دار الزمن وكثر التعليم فأصبحت الشهادة في المرتبة الثانية والكتابة في الأولى .

تحديد قبول دليل الشهادة (البينة) :

القاعدة أن كل التزام بمبلغ أو بشيء تزيد قيمته عن 150 فرنكًا يجب أن يكون بإشهاد أمام مسجل العقود ، أو بمحرر كتابي بإمضاء عرفي ، وعقاب من يخالف ذلك هو عدم قبول الشهادة فيما زاد عن 150 فرنكًا ، ولتطبيق هذه القاعدة يجب :

أولًا : أن يكون عملًا قضائيًا ؛ فإن كان عملًا ماديًا ، أو بسيطًا أمكن إثباته بدليل البينة .

ثانيا : أن يكون مبلغا أزيد من 150 فرنكًا فإن كان أقل سمعت فيه البينة وإلا فلا ، وقد تشدد القانون في تطبيق هذا المبدأ فقضى :

أولًا : فيمن حدد دعواه بمبلغ يزيد عن 150 فرنكًا أنه لا تقبل فيها شهادة الشهود ، ولو أنقصها بعد ذلك إلى 150 فرنكًا .

ثانيًا : فيمن ادعى أن له باقي حساب بذمة المدعى عليه يساوي 150 فرنكًا فأقل

---

(1) يقول الدردير عن الشهادة : « وهي عرفا إخبار عدل حاكما بما علم ، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه » ، الشرح الصغير جـ 4 ص 31 ، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 1 ص 204 ، 205 .

من أصل يزيد على هذا المبلغ (2000 فرنك) ، أنه لا تقبل منه شهادة الشهود ، إلا إذا كان دليل الدعوى الأصلية كتابيًا .

ثالثًا : إذا ادعي شخص عدة دعاوى متفرقة كل دعوى منها بأقل من 150 فرنكًا ، وبجمعها تزيد عن 150 فرنكا فلا تسمع منه شهادة الشهود ولو تعدد السبب ، إلا إذا اختلف المدينون .

رابعًا : كل الدعاوى المقدمة بمبالغ صغيرة تحت أي عنوان كان ولم يكن دليلها كتابيًا وجب جمعها في جلسة واحدة ، وتكون موضع بحث واحد ثم يطبق عليها القانون .

ويستثنى من هذه القاعدة ثلاثة أشياء تسمع فيها الشهادة في أزيد من 150 فرنكًا .

أولًا : عند وجود ابتداء دليل كتابي صادر عن المدعى عليه .

ثانيًا : متى وجد الدائن في حالة يستحيل معها أدبيًا أو ماديًّا الحصول على دليل كتابي ، وذلك في الخطأ المدني ، أو في حالة الودائع الضرورية وقت الحريق ، أو العواصف ، أو في المبيت في اللوكاندات ، أو في حالة فقد سند الالتزامات من الدائن لحالة قهرية .

ثالثًا : في مواد التجارة فتسمع الشهادة كما يتراءى للقضاء .

وهناك أحوال لا تقبل فيها شهادة الشهود ، ولو كان المبلغ المتنازع فيه أقل من 150 فرنكًا ، وذلك في الإيجار والمصالحة والغاروقة .

والخلاف بين الدليل الكتابي والبينة أن البينة لا تسمع ما دام هناك دليل كتابي ، ولا تسمع البينة ضد الدليل الكتابي ولا ضد ما تضمنه ، ولو كان المبلغ أقل من 150 فرنكا [1] .

بند [6] الشهادة

التشريع الإسلامي : هي إخبار عدل حاكمًا بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه [2] .

فالشهادة إحدى البينات وإقامة دليل الشهادة أو تقديم بينة الشهادة في الدعوى إنما يكون عند الإنكار من المدعى عليه . فإن اعترف كتابة أو شفويًّا فلا معنى لتقديم الشهود .

---

(1) انظر : البنود من 1341 إلى 1348 ، في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 304 – 306 .

(2) التعريف الاصطلاحي للشهادة أنها إخبار عدل حاكما بما علم ، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه ، وللشهادة معان في اللغة هي الاعلام ، والحضور ، والعلم . الشرح الصغير (27/4) .

ولاشك أن تقييد قبول الشهادة فيه خطر عظيم على المعاملات فيجب سماعها مطلقة في القليل والكثير من المال والحوادث والوقائع .

وإذا كان أداء الشهادة كبينة في المواد الجنائية التي قد يحكم فيها بالإعدام للشخص يُسمع ويقضى فيها ، أفلا يكون قبولها من غير تحديد في المعاملات أولى ، وهي لا تعدو الحكم بالمال فتقييدها في المال وإطلاقها في الجنايات ترجيح بلا مرجح بل موجب سماعها بلا قيد في المال ، ووجوب تقييدها في الجنايات ألزم . ولكنه التقليد الأعمى للتشريع الغربي جعل المشرع المصري يقيد الشهادة أيضًا بعشرة جنيهات مصرية بينما أن محكمة الجنايات تحكم بالإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة بمقتضى شهادة الشهود ، وتحكم المحاكم بملكية بعض المنقولات بل وبوضع اليد في العقار بموجب الشهادة وفيها من الخطر ما فيها [1] .

ولو نظرنا إلى ما يجب في شهادة الشاهد ، وما يجب توفره من صفات لنفس الشاهد ، وما يجب على القاضي في سماع الشهادة لوجب أن تطمئن النفوس إطلاقًا لشهادة الشهود .

وأما أن الذاكرة قد يعرض لها خطأ أو نسيان يجعل مدلول الشهادة غير مؤكد فهذا أمر عام في كل شهادة في الشهادة بالمال ، وبما يؤول إلى المال وبالاستحقاق لمنقول مثلًا ، وبوضع اليد وبالجناية والجنحة والمخالفة ، فليس هذا خاصًا بالشهادة على المال فكان الواجب تحديد الشهادة في جميع مواضيعها حتى يظهر لهذه العلة ما يبرر وجودها .

وأما أن سماع الشهود قد يكون بحضور الأخصام فيضايق القاضي فهذا تعليل غريب ؛ لأنه يجب سماع الشهود في حضرة المدعى عليه وفي مواجهته أو وكيله ، وواجب القاضي سماعها كذلك ومناقشته وسماع ملاحظات المدعى عليه على الشهادة ، وتوجيه ما يطلبه المدعى عليه من أسئلة إلى الشهود ، وما يطلبه منهم من إيضاحات ، والقاضي الذي يتضايق من ذلك لا يصح أن يكون قاضيًا وإلا فكيف يستخلص الحق . وأما أنه يمكن لأحد الخصوم إرشاء الشهود ليشهدوا في صالحه فهذا سبب عام أيضًا ، ولو سلمنا بهذا لمنعنا شهادة الشهود إطلاقًا في القليل

---

(1) يلتفت لهذا الانتقاد الموجه لمسلك القانون في تقييد الشهادة في الدعاوى المدنية بعدم الزيادة على مبلغ معين .

والكثير وفي المال وغير المال وهو قلب للنظم البشرية ، بل إهدار للشخصية الإنسانية وحكم عليها بالإفلاس ، وأنه لا يصدَّق الشخص مهما كان عظيمًا ولو ملكًا إذا أخبر القاضي بأنه يشهد أن زيدًا مدين لعمر بمائتي فرنك (في فرنسا) وفي مصر (بعشرين جنيهًا) مثلًا تاللّه إنها لكبيرة ، وتشريع بغير علم فهو أعرج ليس لمصلحة من شرع لهم .

لهذا كانت الشهادة عامة مطلقة يصح سماعها في قليل وكثير . والواقع أن المشرع في التشريع الإسلامي جعل مواقع الشهادة مختلفة حسب أهميتها كالآتي :

أولًا : اشترط في الشهادة على الزنا واللواط أربعة شهود يرون بأعينهم فعل الزنا كالمرود في المكحلة [1] ، وهذا يكون نادرًا لأن إشاعة الفاحشة جرم كبير [2] فيكون إثباتها له خطورة لما يترتب عليه .

ثانيا : اشترط في الشهادة على ما ليس بمال ، ولا آيل للمال كعتق وولاء وزواج وطلاق ونسب ورجعة ورِدَّة وإحصان وتوكيل بغير مال ، أن يكون الشاهدان عدلين [3] .

ثالثًا : اشترط في الشهادة على المال أو الآيل للمال أن يكون شاهد عدل وامرأتين عدلتين ، أو أحدهما مع يمين كبيع وأجل وخيار وشفعة وإجارة وإيصاء ، أو توكيل في المال ونكاح بعد الوفاة للإرث والصداق [4] .

رابعا : اشترط فيما لا يظهر للرجال امرأتين عدلتين كعيب في فرج واستهلال مولود وحيض وولادة ، وثبت الإرث والنسب بشهادة المرأتين للولد وعليه بلا يمين [5] .

---

(1) يثبت الزنا بالبينة العادلة أربعة رجال يرونه كالمرود في المكحلة في وقت واحد . الشرح الصغير (38/4 ، 39) ، (121/4) .

(2) لقوله تعالي : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَـٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ . سورة النور أية 19 .

(3) وما ليس بمال ولا آيل للمال كعتق ، وطلاق ، ونسب ، ورحمة ، وردة ، وإحصان ... عدلان . الشرح الصغير (39/4 ، 40) .

(4) إن كان المشهود به مالا ، أو آيلا لمال فعدل ، وامرأتان عدلتان أو عدل فقط ، أو امرأتان فقط مع يمين كبيع وشراء ، وأجل وخيار ، وشفعة . الشرح الصغير (40/4) .

(5) يقول ابن فرحون عن مراتب الشهادات والحقوق المشهور فيها على أقسام : الأول – أحكام تثبت في البدن =

فتجد أن المشرع الإسلامي إذا نظر إلى مواطن الشهادة ، فأعطى كل موضع ما يحقق الثقة والعدالة فيه من تعدد الشهود وتثنيتها .

ولكي تطمئن النفوس البشرية للشهادة ويترتب عليها أثرها من أحكام في الحقير والعظيم اشترط في الشاهد أن يكون عدلاً .

والعدالة تتحقق في الحر المسلم البالغ العاقل غير الفاسق ولا محجور عليه لسفه ، ولا مرتكب بدعة ، ذي مروءة يترك ما لا يليق من لعب وسفاهة .

وأن يكون الشاهد فطنا جازمًا بما أدى غير متهم في شهادته بأي وجه ؛ ولهذا لا تسمع شهادة الوالد لولده ، ولا العكس ولا الزوج لزوجته ولا العكس ، ولا تقبل شهادة من عدو على عدوه ، ولا شهادة من في عياله ، ولا شهادة رجل حريص على أداء شهادته ، ولا شهادة مدين لدائنه ، ولا من يترك فرضًا ، ولا من يرتكب معصية كبيرة كالزنا وشرب الخمر مثلًا إلخ ما جاء في باب الشهادة [1] .

فقد أحاط المشرع من تقبل شهادته ، ويترتب عليها الحكم بشروط متى تحققت أمكن للمشهود عليه أن يتقبل الشهادة ، وأمكن للقاضي أن يحكم بموجبها ، وأمكن للناس أن يكون بينهم معاملات في قليل وكثير معتمدين على أن الشهادة تكون حقًّا من شهود كهؤلاء؛ لهذا كان تقييد الشهادة في النقد دون غيره نقصًا كبيرًا في التشريع الوضعي ؛ ولهذا إذا كان المشهود عليه عملًا ماديًّا أو بسيطًا أمكن إثباته بالبينة ، ولو زادت قيمته عن القيمة المحددة (150 فرنكًا) ، ولا معنى لعدم تقيد الشهادة في المواد التجارية مع أنها قد تصل إلى آلاف ، وما ذكر من العلل السابقة تتحقق أيضًا في المواد التجارية .

= ليست بمال ، ويطلع عليها الرجال غالبا كالنكاح والطلاق ، وشبه ذلك ، فهذا القسم لا يستحق فيه شيء إلا بشهادة رجلين ، ولا مدخل في شيء من ذلك للنساء . الثاني أحكام تثبت في البدن لا يطلع عليها الرجال غالبًا كالولادة وما أشبهها ... راجع تفصيل ذلك وأنواعه في تبصرة الحكام جـ 1 ص 212 .

قال الدردير : ولما لا يظهر للرجال امرأتان عدلتان كاستهلال لمولود أو عدة وحيض ، وولادة . الشرح الصغير (42/4) .

(1) وشرط العدل أي قبول شهادته أن يكون فطنا لا مغفلا ، جازما في شهادته بما أدى لا شاكًّا ، ولا ظانًّا غير متهم في شهادته بوجه .. فلا يشهد الوالد لزوجة ابنه ، ولزوج ابنته ، ولا الولد لزوجة أبيه ، وزوج أمه فأولى أن الشاهد لا يشهد لزوجته . الشرح الصغير (29/4) .

فالنتيجة المنطقية والعقلية والقانونية تحتم عدم تقييد الشهادة بأي مبلغ كما لم تحددها في أي مادة .

وتقبل الشهادة في الإيجار والمصالحة والغاروقة متى كان ذلك على الوجه الشرعي . وبما أن الإقرار مقدم على البينة فلا تسمع البينة مع الإقرار . والكتابة نوع من الإقرار ، وبما أن المدعى عليه مقر بما جاء بالوثيقة فلا نسمع شهوده حتى ولو ادعى أن ما في الوثيقة غير صحيح ، إلا إذا أثبت تزويرها فتبطل إطلاقًا ، فحينئذ تسمع البينة (الشهود) [1] .

بند [7] قرائن الأحوال

القانون الفرنسي : قرائن الأحوال هي الأقيسة التي بها يطبق القانون ، أو القضاة عملًا معروفًا على عمل غير معروف . ويوجد حالتان لقرائن الأحوال القياسية ، الأولى : قرائن الأحوال القانونية . والثانية : قرائن الأحوال الفعلية (بفعل الرجل) .

قرائن الأحوال القانونية : وهي القرائن المقدرة بالقانون ، ونتيجتها أنها تعفي من كانت لصالحه من تقديم أي دليل وذلك :

1 - قرائن الأحوال في الأبوة المرتبطة بالزواج لجانب زوج الأم .

2 - قرائن الأحوال المفهومة من إعطاء المدين سند الدين الذي يفيد براءة ذمته .

3 - قرائن الأحوال المفهومة من قوة الشيء المحكوم فيه المفيد أن الحقيقة في الحكم .

قوة قرائن الأحوال في الإثبات :

ليست قوة قرائن الأحوال واحدة في الإثبات ، ولكن منها ما لا يعارض ولا يقبل أي دليل آخر ، وهو :

أولًا : حينما تكون نتيجة قرائن الأحوال لرفض دعوى أمام القضاء ، وهي قرائن الشيء المقضي فيه .

---

(1) يقول الدردير فيمن لا تقبل شهادتهم : « ولا شهادة لمتأكدة القرب لاتهامه بجر النفع لقريبه ، كوالدٍ لولده ، وإن علا ، وولدٍ لوالده وإن سفل ، كابن الابن أو البنت » الشرح الصغير جـ 4 ص 33 وبداية المجتهد جـ 2 ص 465 .

ثانيًا : حينما تكون نتيجة قرائن الأحوال لإلغاء أي عمل قانوني ، كمنع الأشخاص قانونًا من الهبات التي عملت من غير أهل التصرف .

وفي غير هاتين الحالتين يجوز إقامة الدليل ضد قرائن الأحوال .

قوة الشيء المحكوم فيه :

الشيء المقضي فيه مفروض فيه أنه مطابق للحقيقة ؛ فالنتيجة العملية لهذا هي أنه لا يمكن وضع أي نقطة من هذا الحكم لاحقًا ولا فعلًا موضع البحث مرة أخرى ، ما دام ذلك كان مادة للحكم النهائي ، وذلك بشروط ثلاثة :

الأول : اتحاد الأشخاص ، وهي في الحقيقة في القضايا المدنية قوة خاصة لا عامة ، فلا تكون إلا بين طرفي الخصومة في الحكم ، وكل ما قيل في العقد بالنسبة للطرفين ، وبالنسبة لهما وللشخص الثالث يجب أن يطبق هنا .

الثاني : اتحاد مادة الحكم ، بمعنى أن النزاع مثلًا كان في إثبات ملكية عقار رفضت دعواه ، فلا يمنع دعواه ثانيًا من أنه يستحق الانتفاع بالريع لتغير مادة الدعوى .

الثالث : اتحاد السبب ، وهو عمل قانوني أو مادي يستعمل أساسًا لحق مُدّعًى به ، فمن ادعى ملكية عقار لأنه اشتراه ، ثم رفضت دعواه لعدم إمكانه إثبات شرائه فله الحق في إعادة رفع دعوى الملكية لأنه موهوب له ، أو لأي سبب آخر .

قرائن الأحوال الفعلية : وهي المتروكة إلى ذكاء وفطنة القضاء ، ولا تقبل هذه القرائن الفعلية إلا بشرطين :

الأول : يجب أن تكون شهادة الشهود مقبولة في النزاع الذي تقبل فيه القرائن الفعلية .

الثاني : أن تكون قرائن الأحوال الفعلية جسيمة صريحة مطابقة [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1349 إلى 1353 في الفصل الثالث ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ، ص 306 ، 308 .

بند [8] قرائن الأحوال

التشريع الإسلامي :

قرائن الأحوال : هي ما تؤخذ من حوادث محيطة بظروف قضية لا دليل فيها قاطع ، ويمكن الحكم كقضية يوسف مع امرأة العزيز ، فقد اتهمته أنه أراد بها سوءًا وليس معها دليل ، ويوسف أنكر وقال : هي راودتني عن نفسي ، ولا دليل عنده على أنها هي التي أرادته ولا حيلة له إلا أن امتنع وولى هاربًا ، فأنطق اللّه طفلًا في المهد فشهد بقرائن الأحوال القاطعة في الدعوى فقال : ﴿ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ [1] ؛ لأن تمزيق الثوب من الخلف دليل على هروبه ، وأنها هي التي تريده فلما فر منها جذبته من ثوبه من الخلف فمزقته . ﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾ [2] ؛ لأنه إن كان يريدها فمانعته ودافعته ، وهو مقبل عليها فمسكت ثيابه فتمزقت من الدفع عن نفسها . ﴿ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ ﴾ [3] ، فثبت أنها هي المعتدية وهي التي كانت تريده ، وهو يفر منها فكان هذا قرينة قاطعة على براءة يوسف ، ولم يقمها يوسف بل أخذت من ظروف الدعوى وفعل المتداعيين [4] .

وكقصة إخوة يوسف حينما لطخوا ثوبه بدم مدعين أن الذئب أكله ، فلما رأى يعقوب ثوب ولده ﴿ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ﴾ [5] فحكم بأن الدم ليس دم يوسف وأن الواقعة المدعاة مكذوبة أخذًا من وقائع الحادث وقرائن الأحوال ؛ لأن الذئب لو كان أكله لمزق ثيابه بأنيابه بلا نزاع ، ولكن الثوب الذي حمل ليعقوب كان سليمًا حتى من الخروق فكان طبيعيًا الحكم الذي حكم به حيث قال : ﴿ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا ﴾ أي ولم يأكله الذئب ؛ وأن هذا ليس دم يوسف .

---

(1) سورة يوسف : 27 .
(2) سورة يوسف : 26 .
(3) سورة يوسف : 28 .
(4) يقول ابن فرحون : « متى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها ، وقد ورد في القرآن الكريم في قدِّ قميص يوسف ، وإقامة ذلك مقام الشهود » تبصرة الحكام جـ 1 ص 202 .
(5) سورة يوسف : 18 .

وأما الأقيسة التي يطبق القانون أو القضاة عملًا معروفًا على عمل غير معروف ، فلا يكون في قضايا يدعيها الخصم على خصمه لطلب الحكم بحق يدعيه ، وإنما القياس يكون في تقرير حكم شرعي من حل ، أو حرمة في أمر لم يكن فيه نص من كتاب أو سنة .

ومن القواعد المقررة أنها لا تقاس القضايا ؛ ولا الأحكام في القضايا [1] لأن لكل قضية ظروفًا وملابسات غير القضية الأخرى ، فلا تدخل قرائن الأحوال القياسية في قرائن الأحوال التي تستخلص من ظروف الحادثة ، فيرتب عليها الحكم . ولا شك أن ما يسمى قرائن الأحوال القياسية هي غير مرادة في إثبات حق ، وإنما هي في أصل التشريع لإثبات حكم ، وهي قواعد التشريع الإسلامي .

وأما الحكم بالأبوة لزوج الأم صاحب الفراش ، فهو بقرينة غير قاطعة لا يصح الاستناد عليها لتفيد القطع واليقين ، وإنما هي من قبيل الظن الذي يبنى عليه نظام المجتمع البشري فلعدم تشعب الادعاءات وفتح أبواب الشك في الأنساب ، وتقويض النظم الاجتماعية اتفق العالم أجمع على أن (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، فقد جمع في ذلك بين معاشرة الزوجين ليلًا ونهارًا ، وبين أمانة الزوجة المفروضة وبين قيام الزوجية ، ولكن في الحقيقة العقلية نسب الولد الحقيقي في ذمة أمه وهي تعلم سره وحدها وسبحان عَلام الغُيوب [2] .

وأما إعطاء سند الدين للمدين فلا يفيد القطع إلا إذا كان مكتوبًا عليه بالوفاء ، لجواز أن يدعي الدائن أن السند سرق منه أو سقط ، كوجود الرهن عند المدين فلا يكون قرينة قاطعة على الوفاء ، وفي ذلك خلاف سبق .

وأما قوة الشيء المحكوم فيه ، فليس فيه من قرائن الأحوال شيء ، وإنما ذلك قطعًا لخصومة لو استرسلت لأدت لارتباكات ولعدم استقرار في نظم البشرية ، فكان عدلًا أن كل موضوع نزاع طرح بين يدي القضاء للفصل في خصومته متى

---

(1) قاعدة : لا تقاس القضايا ولا الأحكام في القضايا .

(2) يقول ابن عبد البر : « ولما اتفقوا أن الزوج لغيابه ينتفي عنه الولد إن نفاه كان كذلك برفع عصمة النكاح » . الاستذكار جـ 7 ص 227 ، والحديث المشهور الولد للفراش ، وللعاهر الحجر معروف مشهور في كتب السنة . الكافي ص 290 .

فصل فيه فقد استقر على هذا الأساس المقضي فيه .

وإني أرى أنه قد تأتي قرائن الأحوال كدليل أصلي ، كمن ادعى دعوى ولم يقدم عليها دليلًا ، وكانت الدعوى محاطة بقرائن يصح الاعتماد عليها في الحكم ، وترتاح إليها النفس ،كمن أودع مبلغًا عند زيد سرًّا ، ولم يشهد على الإيداع ، ثم جاء يطلب رد الوديعة فأنكر المودَع عنده ، فادعى المودع أن المودَع عنده اشترى بها دارًا ، أو منقولا ما كان في مكنته مشتراه قبل الوَديعة فبحث القاضي ذلك فعلم صحته فسأل القاضي المودَع عنده ليبين مصدر هذا المال ، فلم يبين سببًا معقولًا فسأل البائع للمودع عنده ، فبين تاريخ المشتري بعد الإيداع بأيام مثلًا ، وكان الثمن كذا ذهبًا أو فضة وهو نفس الوديعة ، فهذه كلها قرائن قد يصح الحكم بها متى اقتنع القاضي .

وقد تأتي قرائن الأحوال نافية للدعوى ، كمن ادعت أن زيدًا أحبلها وأقامت الدليل على معاشرته لها معاشرة الأزواج ، ولكنه تبين من قرائن الأحوال أن المدعى عليه عنين لا يقدر على الفعل إطلاقًا ، بل وفي حالة ارتخاء تامة ، أو قطعت خصيته اليسرى ، فلا شك أن هذه قرائن قاطعة على وجوب رفض دعوى الحمل .

ولا تعارض قرائن الأحوال بدليل آخر ؛ لأنها استنتاج من القاضي يستخلصها لتبرير حكم قد يعوزه الدليل ، أو لتبرير حكم دليله لا يصلح للجزم مع وجود هذه القرائن ، فلا تقام قرائن الأحوال من المدعي كدليل ، إلا إذا اقتنع بها القاضي أنها منتجة ، ويصح الاعتماد عليها في الحكم .

ومرتبة قرائن الأحوال في الدعاوى بعد الإقرار والشهادة وقبل اليمين . وقد تكون مصاحبة للإقرار ، أو الشهادة مؤيِّدة ، أو نافية لهما أو لأحدهما .

فإذا كانت قرائن الأحوال دليلًا قائمًا بذاته جاز للخصم إقامة الدليل ضدها ، فإن كانت مؤيدة ، فهي تبع للدليل ، وإن كانت نافية ، فهي دليل بنفسها [1] .

---

(1) تجدر الإشارة إلى كتاب ابن القيم : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، وهو الكتاب الذي ناقش فيه ابن القيم كثيرا من طرق الإثبات التي تزيد عن العشرين طريقًا والتي يندرج كثير منها تحت عنوان القرائن ، مما يؤيد ما ذكره المؤلف من اعتراف الفقه الإسلامي بالقرائن في الإثبات لحقوق .

الشيء المحكوم فيه :

النزاع : اختلاف وجهات النظر بين المتخاصمين في فعل أو قول كل منهما يدعي صواب عمله أو فعله ، أو يعتدي أحدهما على الآخر فيلجأ المظلوم لعدالة الهيئة الاجتماعية الممثلة في قوانينها الموضوعة ، وإلى رجال العدل الذين يطبقون القانون .

ومتى نظر القاضي وطبق قانونه على هذا الخلاف ، فقد أظهر أن أحد الخصمين على حق فيما يدعيه ، والثاني على باطل ، فيجب أن يقف دولاب الخصومة في نفس هذا الموضوع نهائيًا ، وإلا كان القانون غير محترم ، والقاضي غير مسموع الحكم من رعية للقانون لا تخضع إليه ، وبقي الناس في خصومة مستمرة لا تقف في زمان ولا مكان ، وهو فساد اتفق العالم فيما بينهم على أنه لا يصح أن يكون . فمتى حكم القاضي وأصبح حكمه نهائيًا ، وجب أن يجوز قوة الشيء المحكوم فلا يطرح نفس الموضوع بين طرفي الخصومة مرة أخرى بين يدي القضاء . والشرط في ذلك مفهوم وواضح الدلالة ، وهو اتحاد المدعي والمدعى عليه في الخصومة الثانية والأولى ، واتحاد ذات موضوع الخصومة ، واتحاد سبب الحق في الدعوى .

ولا يشترط في قبول قرائن الأحوال أن تكون شهادة الشهود مقبولة في الدعوى . وقد سبق أن تحديد قبول الشهادة غير مقبول في التشريع الإسلامي ، فتقبل قرائن الأحوال كدليل في كل دعوى .

ويشترط في قرائن الأحوال المأخوذة كدليل أن تكون واضحة الدلالة لا تخفى على أوساط العقلاء ، وأن تكون مطابقة لما كانت دليلًا عليه ، وأن تكون مفيدة لغلبة الظن وأن لا تكون معارضة بدليل قاطع [1] .

بند [9] الإقرار

القانون الفرنسي : الإقرار هو اعتراف شخص بصحة ما يدعيه شخص آخر .

يوجد نوعان من الإقرار : إقرار قضائي رسمي ، وإقرار غير رسمي . فالإقرار الرسمي يشترط لوجوده شرطان :

---

(1) راجع : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 1 ص 202 ، وما بعدها وراجع باب الحكم بالقرائن .

أولًا : يجب أن يكون الاعتراف في مدة سير القضية .

ثانيًا : يجب أن يكون الاعتراف حصل أمام المحكمة .

والاعتراف يمكن أن يكون من طرق الإثبات ، ولو كانت الخصومة مما لا تسمع فيها شهادة الشهود . ومع ذلك فلا يكون الاعتراف حجة فيما يمس الصالح العام ، فلا يؤخذ بالإقرار وحده في قضايا الطلاق ، أو التفريق الجسماني بل يجب أن يكون مع غيره .

قوة الاعتراف الإثباتية : الاعتراف الرسمي حجة لا تقبل النقض على المعترف ، وهو حجة كاملة في الإثبات لا يحتاج لغيره .

والاعتراف الرسمي له مميزات أساسية وهي :

(1) أنه غير قابل للتجزئة ، بمعنى أن الاعتراف المركب يؤخذ في الاستدلال كله بدون تجزئة أو حذف أي جزء منه .

(2) غير قابل للرجوع فيه بمعنى أن المقر ليس له الرجوع في إقراره؛ لأنه تعلق به حق الغير إلا إذا أثبت المقر أنه أخطأ خطأ ماديًا فله إصلاح إقراره بما يطابق الواقع ، وليس له ادعاء الخطأ في الإقرار بالحق أيًا كان ، خصوصًا فيما يتعلق بالنتائج القضائية المترتبة على الإقرار .

والإقرار غير الرسمي : هو ما حصل خارجًا عن القضية أو عن المحكمة . وهذا الاعتراف لا يفيد في الإثبات إلا في القضايا التي يقبل فيها شهادة الشهود ، وهو لا قوة له في الإثبات وحده وهو فقط كقرينة فعل [1] .

بند [10] التشريع الإسلامي

الإقرار : الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقًّا أو التزامًا على قائله [2] .

ويشترط لصحة الإقرار :

أولًا : كون المقر مكلفًا ، فلا يصح الإقرار من الصبي ، ولا من المجنون ، ولا من

---

(1) انظر : البنود من 1354 إلى 1356 ، في الفصل الرابع ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول 308 إلى 309 .

(2) الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه . الشرح الصغير (212/3) .

المكره ، ولا من السفيه على تفصيل في الحقوق وفي الجنايات (باب الإقرار) .

ثانيًا : أن يكون غير محجور عليه في المعاملات ، ولا سفيهًا متروكًا على قول الإمام مالك . وقال ابن القاسم [1] : السفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذة بالإقرار في المعاملات [2] .

ثالثًا : أن يكون غير متهم كالمريض فيما يتهم عليه ، كابنه البار وزوجته المحبوبة ، والصحيح المفلس بالنسبة لما أفلس فيه .

رابعًا : كون المقر أهلًا للإقرار ولو باعتبار المآل ، أو الحال كحمل ، أو كمسجد .

خامسًا : كون المقر له لم يكذب المقر في إقراره . والتكذيب يكون من بالغ رشيد ؛ فإذا أقر مكلف غير محجور وغير متهم لمن هو أهل للإقرار ولم يكذبه المقر له أخذ بإقراره وعومل به [3] .

والإقرار الرسمي وهو ما كان أمام قاض ، أو أمام موظف مختص بسماع الإشهادات المتنوعة من إقرارات وغيرها .

والاعتراف أول الحجج في التقاضي . فمتى سئل المدعى عليه عن الدعوى وأجاب بالاعتراف بها وجب على القاضي الحكم ، متى كان الاعتراف مستوفيًا شروطه ، ومطابقًا للدعوى ، فلا يحتاج معه لإثبات آخر .

والاعتراف حجة كاملة ما دام صادرًا ممن يصح الاعتراف منه شرعًا ، ويكون

---

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم ، عالم الديار المصرية ومفتيها ، أبو عبد الله العتقي ، صاحب الإمام مالك روى عن مالك ، وعبد الرحمن بن شريح .. وغيرهما . روى عنه : أصبغ والحارث بن مسكين .. وغيرهما . وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم ، وقيل : كان يمتنع من جوائز السلطان ، قال النسائي : ثقة مأمون . وتوفي سنة 191 هـ .

ترجمته :

- الذهبي في الكاشف (160/2) .
- الذهبي في تذكرة الحفاظ (356/1) .
- الذهبي في الأعلام (73/8) .

(2) قاعدة : السفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذة بالإقرار في المعاملات .

(3) انظر شروط الإقرار في الشرح الصغير (212/3) .

مقبولًا في الحقوق والالتزامات ، كما يكون مقبولًا في الحدود والجنايات فيؤخذ بالإقرار في قضايا الطلاق ، وفي قضايا الزنا ، وفي القتل إلخ ، ويترتب على الإقرار بها قيام الحد على المقر ، أو إلزامه بما اعترف به في الالتزامات والاعتراف من حيث هو رسميًا أو عرفيًا حجة كاملة ، أما الرسمي فلا طعن عليه إلا بالتزوير ، وأما العرفيّ فبالاعتراف به ، أو بإقامة البينة على حصوله ، فلا يحتاج لبينة أخرى معه .

والاعتراف وحدة لا يتجزأ ؛ فيؤخذ بما له وما عليه . ولا يصح الرجوع فيه إلا إذا كان الواقع يكذبه . كمن اعترف أن زيدًا ولده وكان زيدٌ مجهول النسب مثلًا ، ثم عاد المقر في إقرار وقال : إنني مخطئ لأن زيدًا لا يولد لمثلي ؛ لأني وهو متعادلان سنًّا قُبل رجوعه . ومن اعترف بمديونيته لزيد ثم تبين أنه مخطئ ؛ لأنه وجد مخالصة بمديونيته من زيد فيقبل رجوعه .

ويقبل الإقرار العرفي في كل القضايا ؛ لأنه لا تحديد في التشريع الإسلامي على قبول الشهادة ، وله قوة الإثبات متى ثبت أنه حصل من المقر [1] .

بند [11] اليمين

القانون الفرنساوي : هو الاعتراف العلني لعمل أمام محكمة في سير قضية مع اتخاذ الله شهيدًا على صحة ما ذكر . وقد اختار القانون نوعين من أنواع اليمين : اليمين الحاسمة ، واليمين المكملة . فاليمين الحاسمة هي : أن يحلف طرف بناء على طلب خصمه ، وسميت الحاسمة ؛ لأنها تقرر مصير الخصومة . ونتيجة اليمين الحاسمة إلزام المحكمة بالحكم حسب نص اليمين . واليمين المكملة هي : ما وجهتها المحكمة بعنوان إتمام البحث [2] .

---

(1) يقول الدردير : « الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه .. يؤخذ من مكلف لا من صبي ولا مجنون ولا مكره غير محجور عليه ، وكذا سكران في المعاملات .. ، والمكاتب والسفيه المهمل على قول مالك » . الشرح الصغير جـ 3ص 212 .

(2) انظر : البنود من 1357 إلى 1369 ، في الفصل الخامس ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 309 – 311 .

بند [12] التشريع الإسلامي

اليمين : وهو الحلف بالله العظيم على أحقية الحالف بشيء متنازع فيه ، أو الحلف على عدم أحقية المدعي فيما ادعاه على الحالف . فمن ادعى ألفًا على زيد ولم يكن عنده حجة قاطعة تفيد الجزم بالحق المدعى به ، وأنكر الخَصْم الدعوى فطلب المدعي من المدعى عليه ، وهو زيد ، اليمين فحلف زيد أنك أيها المدعي لا تستحق عندي شيئًا ، وليست ذمتي مشغولة بشيء لك ، فإن قال المدعى عليه للمدعي حين طلب منه اليمين على نفي دعواه : احلف أنت أنك تستحق هذا المبلغ عندي فحلف ، فبمجرد حلف اليمين من المدعى عليه ، أو حلفه من المدعي عند رد اليمين عليه استحق المبلغ المتنازع فيه عند يمين الإثبات ، ورفضت الدعوى عند النفي .

فإن نكل المدعى عليه عن اليمين قائلًا لا أحلف ، أو نكل المدعي حينما رُدَّت عليه اليمين فيحكم بالمبلغ في الأولى ، وترفض الدعوى في الثانية .

واليمين قسمان : يمين حاسمة ، ويمين استظهار و استيثاق . فالأولى : ما يترتب عليها الفصل في الدعوى ، كالأمثلة السابقة ، ولا يعرضها القاضي من نفسه ، بل بطلب المدعي أو المدعى عليه ويمين الاستظهار ما كانت للتوثق من صحة الدعوى ، كمن يدعي حقًّا في تركة على متوفى .

فمتى أثبت أن المتوفَّى مدينٌ حقيقة طلب القاضي من المدعي يمين الاستظهار أن المتوفَّى ذمته مشغولة بهذا الحق المدعى به ، وأنه لم يستوفه منه حال حياته ، ولم يبرئه منه ولم يدفعه له عند أحد ثم يحكم له بما يريده ، فهذه يمين مكملة للإثبات .

فإن نكل المدعى عليه حيث توجهت اليمين عليه في مال ، وما يؤول إليه كخيار وأجل ، استحقها الطالب بالنكول وباليمين معًا ، بأن يحلف الطالب بعد نكول المطلوب أن لي عنده كذا إن حقق على المدعى عليه الدعوى ، وإلا يحقق الدعوى على المدعى عليه بأن كانت دعوته عليه دعوى اتهام فبمجرد نكول المدعى عليه يستحق الطالب ما ادعاه ؛ لأن دعوى الاتهام لا ترد على المدعي ، ويجب على القاضي أن يقول للمدعى عليه في دعوى التحقيق : إن نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادعاه ، وفي دعوى الاتهام إن نكلت على اليمين استحق المدعي ما ادعاه عليك بمجرد نكولك . وهذا البيان شرط في صحة الحكم

كالإعذار في البينة .

ولا يمكن الناكل من اليمين بعد نكوله صراحة بأن قال لا أحلف ، أو قال لخصمه : احلف أنت وخذ ما تدعيه ، ثم قال بعد ذلك : أحلف أنا فلا يجاب لطلبه ، فإن سكت زمنًا من غير إظهار نكول فله الحلف .

وبعد اليمين أو النكول عنها يجب على القاضي الحكم بما ترتب على الحلف أو على النكول [1] .

(1) يقول الدردير : « وتزكيتها بيمين القضاء من المدعي أن حقه هذا ثابت على المدعى عليه ، وأنه ما أبرأه به ، ويمين القضاء واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب » الشرح الصغير جـ 4 ص 23 ، 28 بداية المجتهد جـ 2 ص 446 ، 467 .

بند [13]

الكتاب الثاني

الضمان الشخصي والضمان الحقيقي

القانون الفرنسي : الخطر الذي يتهدد الدائن أن مدينه يكون معرضًا لعدم إمكانه الدفع أو لتحمله بدين آخر ، والطريق التي تحمي هذا الدائن من هذه الاحتمالات أن يطلب من مدينه حمايته بضمان شخصي أو حقيقي .

فالضمان الشخصي هو أن ينضم شخص آخر إلى المدين في الوفاء بتعهده ، وهذا الضمان مرجعه ثقة الدائن بهذا الضمان الشخصي .

ويوجد ثلاث أشكال للضمان الشخصي : التضامن ، الكفالة ، وكفالة مع التضامن .

والضمان الحقيقي : يتكون من وضع شيء مادي محدود نظير دفع الدين ، فثقة الدائن ترتكز على شيء واحد وهو قيمة الشيء المخصص لضمان تنفيذ تعهدات المدين . والضمان الحقيقي هو الرهن ، الغاروقة ، حق إمساك العين لاستيفاء الثمن ، حق الامتياز على العين المبيعة ، الرهن العقاري . وفي الضمان الحقيقي يكون للدائن حق التفصيل الذي يحميه من مشاركة الدائنين ، ويكون له حق متابعة العين الموضوعة ضمانًا لدينه مهما تغير وضعها أو مالكها .

ويفضل الضمان الحقيقي على الضمان الشخصي ، كما يفضل الحق العيني على الحق الشخصي ؛ لأن ما يمكن أن يقدر من الخسارة في الضمان الحقيقي هو نقص القيمة ، أو ذهاب العين الضامنة بسبب قهري .

وأما الضمان الشخصي فهو معرض دائمًا للإفلاس أو لعدم القدرة على الدفع .

الضمان البسيط :

الضمان عقد به يتعهد شخص بضمان دين لشخص آخر ، مع تعهده بتنفيذ الالتزام الذي تعهد المدين إذا لم ينفذه هو نفسه .

وهذا العقد يشمل ثلاثة أشخاص : المدين الأصلي ، والدائن ، والضامن .

أولًا : الصفات القانونية لعقد الضمان :

عقد الضمان عقد عادي لا يشترط فيه شكل خاص ولا شرط خاص ، وهو التزام من

جانب واحد ، وهو ضمان المدين إلى الدائن ، وهو عقد بدون مقابل ، وهو عقد تابع لعقد الدين ، فيلزم وجود عقد الدين أولا؛ لأن الضامن يأخذ مكان المدين في المسؤلية .

وينتج من كونه عقدًا تبعيًا ما يأتي :

أولًا – إذا كان عقد الدين المضمون باطلًا كان عقد الضمان باطلًا تبعًا له ، كالسبب الكاذب ، أو عدم وجود السبب ، أو السبب غير القانوني ، غير أنه يمكن ضمان عقد الدين القابل للإلغاء لقصر المدين ، كما يجوز ضمان الحق الطبيعي ؛ فإذا لم ينفذ المدين اختياريًا جاز للدائن إجبار الضامن على التنفيذ بدون جبر على المدين الأصلي .

ثانيًا – حدود تعهد الضامن ، لا يلزم الضامن بأزيد مما يجب على المدين الأصلي ، ولا يكون ملزمًا بشروط أزيد منه .

ثالثًا – قطع المدة.لسقوط الحق بمضي المدة : ينتفع بها المدين الأصلي ، كما ينتفع بها الضامن .

رابعًا : كل ما يمحو الدين الأصلى عن المدين ينتفع به الضامن فيمحو عنه أيضًا .

مأخذ الضمان :

للضمان ثلاثة مآخذ : الاتفاق بين الدائن ومدينه على تقديم ضامن ، والقانون ، وحكم المحكمة . **فالاتفاق** : هو تعهد المدين بإحضار ضامن له في دينه .

والضمان القانوني : هو ما حكم القانون فيه على المدين بإحضار ضامن وذلك في مواضع :

1 – الأجنبي الذي يعلن فرنسيًا أمام محكمة فرنسية عليه الضمان .

2 – الإذن بوضع اليد مؤقتًا على أملاك غائب فعلى واضع اليد الضمان .

3 – المنتفع والمستعمل عليهما تقديم الضمان .

4 – الوارث الذي قبل الميراث بشرط حصر التركة والديون ، فمنفعته بعد حصر التركة ومعرفة الدين ، إذا طلب الدائنون ذلك .

5 – الدائن الراهن الذي يريد المزايدة .

والضمان القضائي : هو ما صدر به حكم قضائي وذلك في موضعين :

الأول : في حالة إذن المحكمة بنفاذ الحكم مؤقتًا ولو مع الاستئناف ، وفي بعض الأحوال يكون التنفيذ المؤقت خاضعًا للضمان .

الثاني : الإفراج عن متهم مؤقتًا بشرط الضمان .

الشروط الواجب تحققها في الضامن :

متى تعهد المدين بتقديم ضامن فلا تبرأ ذمته من ذلك إلا بإحضار شخص تتوفر فيه شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون أهلًا للالتزام ليكون التزام الضمان صحيحًا .

ثانيًا : أن يكون الضامن مقيمًا تبع الدائرة الإدارية لمحكمة الاستئناف التي يجب أن يكون فيها الضمان لتسهيل مقاضاته .

ثالثًا : أن يكون الضامن مقتدرًا يمكنه القيام بما تعهد به من الضمان .

شروط وجود وصحة الضمان :

شروط الصحة وشروط الوجود هي التي اشْتُرِطت لصحة العقد ولوجوده ، فيشترط لوجوده :

أولًا : قبول الطرفين الدائن والضامن .

ثانيًا : كون مادة التعاقد قانونية . **ثالثًا** : كون سبب التعاقد قانونيًا .

وشروط الصحة :

(1) عدم نقص في إرادة المتعاقدين .

(2) أهلية التعاقد في الضامن [1] .

بند [14] الضمان الشخصي والضمان الحقيقي

التشريع الإسلامي : الدائن حين يعامل المدين قبل المديونية يعتمد على الثقة في ذمة هذا الشخص ، وعلى أمانته فيعطيه دينًا لاعتقاده الوفاء ، وقد يكون الشخص أمينًا ولكن يرى من يتعامل معه أن الأمانة قد لا تكفي في معاملته للغد ، فيتعامل معه معتمدًا أيضًا على أملاكه الثابتة والمنقولة وعلى أنه لا يضايقه بدائنين آخرين ، ولكن هذا لا يكفي لا الذمة ولا المال ؛ لأن الذمة أصبح الوفاء بها نادرًا وأصبح الاعتماد على مال المدين المشاع بين كل دائن ، والذي قد يكون عرضة للتفليس فيرى الدائن أن يتوثق من مدينه في الوفاء بدينه فيطلب منه ضامنًا شخصيًا أو لا يكتفي بهذا ، ويرى أنه أيضًا عرضة للإفلاس أو المماطلة في الدفع فيقاضيه إلخ

---

(1) انظر : البنود من 2011 إلى 2020 ، في الباب الأول ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 139 – 141 .

فيطلب ضمانًا حقيقيًا وهو الرهن [1] .

فالضمان الشخصي ضم ذمة إلى أخرى في الطلب [2] ، أو التزام مكلف غير سفيه دينًا على غيره ، أو طلب المكلف المذكور من عليه الدين لمن هو له على وجه الإتيان به لرب الدين ، أو مجردًا عن ذلك .

فالضمان ثلاثة أقسام : ضمان مالي ، ضمان الوجه (على وجه الإتيان به) ، ضمان الطلب ؛ لأنه يفتش عليه لا غير [3] .

ويصح أن يكون الضمان الشخصي تضامنا كمن يشتريان شيئًا ، أو يستلمان من شخص مالا في شيء معين بينهما ، أو يقترضان للعمل ، وضمن كل منهما صاحبه فيجوز ، وهذا تضامن ، والكفالة والضمان بمعنى واحد .

والضمان الحقيقي : هو الرهن وسيأتي الكلام عليه مفصلًا في بابه .

ومسألة تفضيل الضمان الحقيقي على الضمان الشخصي لا منازعة فيها؛ لأن الرهن كفيل بالسداد والغرر فيه قليل ، ولكن الضمان الشخصي معرض لكل غرر من وفاة ولا تركة ، أو إفلاس [4] .

الضمان البسيط :

يراد بالضمان البسيط : الضمان الشخصي المالي ، وهو التزام مكلف غير سفيه

(1) يقول الحطاب : « الضمان شغل ذمة أخرى بالحق ، وصح من أهل التبرع » .
ويقول الدردير الضمان : « التزام مكلف لاصبي ومكره ومجنون ولو أنثى غير سفيه ، فلا يصح من سفيه دينا على غيره وهذا ضمان المال ، وأشار لضمان الوجه والطلب بقوله أو طلبه من عليه الدين لمن هو له » مواهب الجليل جـ 5 ص 96 ، 97 . الشرح الصغير جـ 3 ص 172 بداية المجتهد جـ 2 ص 295 وهذا الضمان الشخصي هو ما يعرف في اصطلاح الفقه الحنفي بالكفالة التي عرفتها المواد 772 مدني مصري و 774 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية بأنها « عقد تضم بمقتضاه ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام . ويلاحظ أن الأحناف يطلقون على هذا النوع من الضمان الكفالة ، وهو المصطلح الذي انتشر استخدامه في القوانين العربية الحديثة . وقد سار المؤلف على اصطلاح جمهور الفقهاء في إطلاق الضمان على الكفالة .

(2) قاعدة : الضمان الشخصي ضم ذمة إلى أخرى في الطلب .

(3) ضمان الوجه : هو التزام الاتيان بالغريم عند حلول الأجل ، وضمان الطلب التزام طلبه ، والتفتيش عليه إن تغيب . الشرح الصغير (179/3 ، 180) .

(4) يقول الدردير : « الضمان التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، وهذا ضمان المال . وأشار لضمان الوجه والطلب أو طلبه من عليه الدين لمن هو الدين له ، فشمل هذا التعريف الأنواع الثلاثة . الشرح الصغير جـ 3 ص 172 بداية المجتهد جـ 2 ص 296 مواهب الجليل جـ 5 ص 100 ، 101 .

دينا على غيره ، فيتكون من ثلاثة أشخاص : مدين ، ودائن ، وضمان للمدين .

عقد الضمان ككل العقود الالتزامية ، وهو التزام من جانب الضامن فقط ، وهو عقد بلا عوض ولا مقابل (1) ، وهو عقد تابع لعقد الدين فيبطل الضمان إن فسدت المديونية (2) أو فسدت الضمانة نفسها بأن اختل شرط منها أو وجد مانع .

ولا يصح الضمان في مال لم يجب على الأصيل أداؤه ، فشرط الدين المضمون لزومه للمضمون في الحال ، أو مستقبلًا (كضمان الجعل) ، فضمان الصغير (3) والسفيه وضمان الحق غير الواجب باطل (4) .

وحال الضامن كالمدين سواء بسواء حتى إنه يجوز للضامن الصلح بما جاز للمدين .

وللضامن الدفع بسقوط الحق بمضي المدة كالمدين الأصلى ، وأي مسقط للدين عن المدين يستفيد منه الضامن .

مأخذ الضمان : يوجد الضمان باتفاق الدائن والمدين ، بل ويجوز الضمان بغير إذن المدين ، كما يجوز أداء ما على المدين بغير إذنه رفقًا به .

وبما أن العدالة حق مشاع للجميع فليس على من ادعى على شخص مسلم ، أو ذمي ، أو من جنسية واحدة ، أو من جنسية مختلفة ، دفع تأمين ، أو إحضار ضامن ؛ لأن معنى هذا أن الأجنبي لا يتساوى مع الوطني حتى في طلب العدالة ؛ فسماحة الدين الإسلامي الحكم بين غير المسلمين بما يحكم به بين المسلمين مع احترام دينهم ، وإقرارهم على قواعده كزواجهم مثلًا ، فهناك فرق بين عدالة سماوية من وحي لرسله لا قيد ولا جنسية فهي عدالة مباحة مطلقة ، وعدالة وضعية من صنع البشر المتعصب بالجنسية ، والوطنية ، والدين .

وأما أملاك الغائب ، فيقام عليها قيم إذا لم يكن له وكيل ، والنظر للقاضي ،

(1) قاعدة : الضمان هو التزام من جانب الضامن وهو عقد بلا عوض ولا مقابل والضمان بالكفالة عمل من أعمال التبرع فيما استقر عليه الفقه الإسلامي ، فليس للكفيل أن يأخذ أجرا عليه .

(2) قاعدة : يبطل الضمان إذا فسدت المديونية وهو ما عبرت عنه المادة 776 مدني مصري والمادة بالرقم نفسه من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة ، ونصها : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 825 من مرشد الحيران ، ونصها : يشترط أيضا لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل .. » .

(3) قاعدة : ضمان الصغير والسفيه وضمان الحق غير الواجب باطل .

(4) وشرط الدين لزومه للمضمون في الحال ولو في المآل أي المستقبل كجعل فإنه قد يئول للزوم . الشرح الصغير (172/3) .

فإن رأى أن القيم مضمون فيها ، وإلا كلفه تقديم ضامن وكفيل .

وأما المنتفع والمستعمل ، فلا ضمان عليهما إذا رأى صاحب العين المنتفع بها أو المستعملة [1] ، فيتبع رأيه متى كان في ذلك مصلحة .

وأما الوارث الذي قبل الميراث فلا ضمان عليه [2] ؛ لأن تحمل دين المورث محدد بقيمة التركة حتى ولو قبل الميراث بغير شرط .

وأما الدائن المرتهن فدينه مقدم من ثمن الرهن متى بيع لسداد الديون ، فإن أراد الشراء للعين المرهونة فيجعل دينه من الثمن ويدفع الباقي ، وما دام البيع بمزاد عام له ولغيره فلا خوف من أخذه العين المرهونة حسب ما وصل إليه الثمن بالمزايدة .

وأما الضمان الذي يقضي به القاضي على المحكوم وله عند الأمر بتنفيذ حكم غير نهائي ، أو على المحكوم عليه فيصح تسميته ضمانًا قضائيًا ، ولا شيء فيه متى رآه القاضي ضرورة تستوجبها العدالة .

الشروط الواجب تحققها في الضامن : يجب أن يكون الضامن أهلًا للتبرع؛ لأنه عقد من جانب واحد ، فلا يصح الضمان من سفيه ولا من صبي ولا مجنون ولامن مكره ، ولا من مريض ولا من امرأة ، فيما زاد على الثلث [3] .

ولا يشترط في الضامن أن يكون مقيمًا بدائرة المحكمة الإدارية ، ولا يشترط في صحة الضمان أن يكون الضامن مقتدرًا وقت الضمان ، وإنما يشترط فقط أن يرتضيه الدائن ضامنًا فرُبَّ ضامن بشرفه خير من ضامن بماله ألف مرة ، والشرط رضاء الدائن به ولو فقيرًا وقت الضمان .

ويوجد الضمان متى وجد الإيجاب والقبول بين الدائن والضامن [4] .

وأما كون مادة التعاقد جائزة وسبب التعاقد كذلك ، فهي شروط لصحة المديونية ، وعقد الضمان تابع لصحة المديونية وجودًا وعدمًا .

وشروط صحة الضمان هي الشروط المطلوبة في الضامن .

---

(1) قاعدة : لا ضمان مع العين المنتفع بها أو المستعملة .

(2) قاعدة : لا ضمان للوارث قبل الميراث .

(3) قاعدة : لا يصح الضمان من سفيه ولا من صبي ولا من مجنون ولا من مكره ولا من مريض مرض موته ولا من امرأة ، فيما زاد على الثلث ، وإنما ذلك لأن الكفالة من أعمال التبرع ، فيشترط في الكفيل أهليته للتبرع .

(4) راجع : الشرح الصغير جـ 3 ص 172 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 295 ، 296 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 96 .

بند [15] نتائج الضمان

القانون الفرنسي :

أولًا علاقات الدائن بالضامن : القاعدة العامة أن الضامن يتعهد شخصيًا للدائن ، لكن التزامه يكون تبعًا وبدلًا للالتزام الأصلي للمدين ، وينتج عن تعهد الضامن شخصيًا ما يأتي :

(1) للدائن الحق في مقاضاة الضامن عند عدم الوفاء وحده دون المدين الأصلي ، وبدون إنذار ، وهذا لا يمنع الضامن من معارضة الدائن في مقاضاته أولًا كما سيأتي .

(2) للضامن الحق في كل دفاع يتمسك به المدين الأصلي كالمقاصة ، وأسباب حل العقود لعدم الأهلية للتعاقد .

وللضامن التمسك بكل دفاع يتمسك به المدين الأصلي ، وبما أن الضمان جعل بدلًا فللضامن حق الدفع بأن على الدائن أن يرفع دعواه قبل المدين أولًا .

وقد ميز القانون الضامن بميزتين (فائدتين) .

أ – **الأولى** مطالبة المدين الأصلي أولًا وهي طريقة اكتساب وقت ، وذلك بأن يكره الضامن الدائن على مقاضاة المدين أولًا ، وبيع أملاكه لمعرفة عدم قدرة المدين على الدفع أو سداد دينه قبل مقاضاته هو وإلزامه بتنفيذ الالتزام محل الضمان .

ويشترط لاستعمال حق فائدة مطالبة المدين الأصلي شروط ثلاثة :

أولًا : يجب أن يدافع الضامن عن نفسه بهذا الدفاع عند أول جلسة في الدعوى ، وإلا اعتبر متنازلًا عن حقه .

ثانيًا : يجب على الضامن دفع مصاريف الدعوى التي دفع فيها بحق مطالبة المدين الأصلي ، وهو أولى من تحميل الدائن تكاليفها ؛ لأن الضامن هو المنتفع بها .

ثالثًا : يجب على الضامن بيان أملاك المدين التي تكون في دائرة محكمة الاستئناف التي يتبعها محل تنفيذ الالتزام ، وأن تكون هذه الأملاك ليست محل نزاع .

وينتج عن فائدة مطالبة المدين الأصلي أولًا ما يأتي :

1 – تأخير مقاضاة الضامن ، وإعفاؤه مؤقتًا من الدفع .

2 – لا يدفع الضامن إلا ما زاد عن أموال المدين التي بينها في دفع دعوى الدائن إذا لم تف بمطلوبه حتى لو أهمل الدائن في متابعة وتصفية أموال مدينه ؛ لأن خطأ الدائن لا يتحمله الضامن .

ويستثنى من قاعدة تفصيل مطالبة المدين الأصلي ، أو تقديم أموال المدين الأصلي أولًا مسألتان :

الأولى : إذا تنازل الضامن بشرط في العقد عن التمسك بهذا الحق ، وهو شرط مطبوع في شروط الضمان فالبحث في أحكام هذه الميزة نظري لا عملي .

الثانية : إذا كان الضمان قضائيًا ؛ لأن الأحكام يجب أن تنفذ بدون مانع ، وكذا ضامن الضامن القضائي ليس له التمسك بهذا الحق .

ب – الثانية : فائدة تقسيم الدين إذا تعدد الضمان . يفرض القانون في هذه الحالة تعدد الضامنين فعليهم جميعًا ، وعلى كل واحد منهم ضمان الالتزام المضمون ، ولكن القانون أباح للضامن معارضة الدائن متى طلب منه منفردًا تنفيذ الالتزام المضمون ، وطلب تقسيم المطلوب بين الضامنين الآخرين القادرين على الدفع ومطالبته هو فقط بما خصه من الالتزام ، وبهذا التقسيم لمسؤلية الضمان لا ضرر على الدائن ؛ لأنه دائمًا محاط بمقدرة الضمان على الدفع .

شروط استعمال حق التقسيم : يشترط لذلك شرط واحد ، وهو قدرة بقية الضمان على الدفع وقت التقاضي ، فإنه يلزم حينئذ قسمة الضمان بينهم بقدر حصة كل واحد ، فإن تعذر الدفع من أحدهم بعد ذلك فليس للدائن الرجوع على الضمان بنصيب من عجز .

وتجوز المعارضة بوجوب التقسيم بين الضُّمَّان في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ، ومتى تنازل الضامن أو الضُّمَّان عن حق التقسيم سقط حقهم في ذلك [1] .

بند [16] نتائج الضمان

التشريع الإسلامي :

أولًا : علاقات الدائن بالضامن : علاقة الدائن بالضامن علاقة ثانوية بمعنى أنه ملزم بأداء ما ضمنه متى لم يؤد المدين الأصلي ومتى بقي الضامن حيًا . فإن مات الضامن قبل الأجل عجل الدين من تركته [2] ، ورجع وارث الضامن على الغريم بعد الأجل أو بعد موت الغريم [3] .

---

(1) انظر : البنود من 2021 إلى 2027 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ، ص 141 – 142 .

(2) قاعدة : إذا مات الضامن قبل الأجل عجل الدين من تركته .

(3) يتعجل الدين بموت الضامن قبل الأجل من تركته إن كان له تركة ، ورجع وارث الضامن على الغريم بعد الأجل ، أو بعد موت الغريم على تركته إن ترك ما يؤخذ منه الدين ، وإلا سقط . الشرح الصغير (176/3) .

وليس للدائن مطالبة الضامن أولًا إن تيسر للدائن الأخذ من مال المدين ، بمعنى أنه لا تقبل دعوى الدائن ضد الضامن إلا إذا تعسر الأخذ من المدين فعلى الدائن إثبات عسر مدينه لمطالبة الضامن ، فإن رفع المدين دعواه ضد الضامن قبل التحقق من عدم إمكان التقاضي من المدين دفع الضامن الدعوى بعدم الأحقية في الطلب ، ومتى ثبت أنه لم يطالب المدين ولم يتحقق عسره رفضت دعوى الدائن بلا رجوع على الضامن بشيء من المصاريف ؛ لأن خطأ الدائن في عدم اتباع المدين قِبَلَ الضامن عليه لا على الضامن [1] .

فإن قبل الضامن التقاضي قبل مضمونه فله الحق في التمسك بكل دفاع يحق للمدين التقدم به للقضاء ؛ لأن تحقق الضمان فرع تحقق الدين ، ومتى قبل التقاضي فليس له الرجوع إلى الدفع بتوجه الطلب أولًا على المدين .

وليس على الضامن بيان أملاك المدين إلا إذا ادعى الدائن أن مدينه معسر ، ولا مال له فعلى الدافع بيسار المدين إثبات هذا اليسار بالبيان والبينة ، ولا يشترط أن تكون أملاك المدين في دائرة المحكمة الإدارية بل يكفي أن تكون في محل يمكن أداء الالتزام منها .

وفائدة مقاضاة المدين أولًا تأخير مقاضاة الضامن ، أو معرفة الباقي من الدين بعد سداد المدين ، فيدفع الضامنُ الكل إذا وجد المدين مفلسًا ، أو ما بقي إذا لم يف مال المدين بكل الدين .

ويستثنى من وجوب مطالبة الدائن للمدين أولًا قبل الضامن ما يأتي :

1 - إن اشترط الدائن في الضمان أخذ أيهما شاء فله الحق في مطالبة المدين ، أو الضامن أولًا بلا اعتراض من الضامن على مطالبته أولًا قبل المدين .

2 - إن اشترط في الضمان تقديم الضامن على المدين ، فله الحق في طلب الضامن أولًا .

3 - إن ضمن الضامن المدين في الحالات الست (الحياة والموت ، والحضور والغياب ، والعسر واليسر) ، فله مطالبة الضامن أولًا ولو تيسر الأخذ من المدين [2] .

---

(1) يقول ابن رشد : « اختلف الفقهاء فيما إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر » قال مالك : « ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه .. بداية المجتهد جـ 2 ص 296 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 173 ، 174 .

(2) ليس لرب الدين مطالبة الضامن إن تيسر الأخذ لرب الدين من مال المدين بأن كان موسرًا غير ظالم ، ولو كان المدين غائبًا ، حيث كان الدين ثابتا ومال المدين حاضرًا يمكن الأخذ منه بلا مشقة ، إلا أن يشترط رب الدين عند الضمان أخذ أيهما شاء ، أو يشترط تقديمه في الأخذ عن المدين ، أو ضمن الضامن المدين في الحالات الست ، الحياة ، الموت ، والحضور ، والغيبة ، واليسر ، والعسر ، فله مطالبته ، ولو تيسر الأخذ من مال الغريم . الشرح الصغير (175/3) . =

وليس هناك ضمان قضائي خاص ، ولكن يجوز للقضاء بالتضامن .

ويجوز ضمان الضامن من شخص آخر وضمان ضامن وهكذا ولو تسلسل . ومرتبة الضُّمان بعد المدين ، ومرتبة الضامن الثاني بعد مرتبة الضامن الأول ، والضامن الثالث بعد الضامن الثاني وهكذا .

تعدد الضمان لمدين واحد : إذا ضمن جماعة شخصًا في دين ضمانة مطلقة بلا قيد ، ولا شرط ، فليس للدائن الحق في مطالبة أحد الضُّمَّان بكل الدين ، بل يجب عليه اتباع كل واحد منهم بحصته في الضمان دون حصة صاحبه . فإن كان الشيء المضمون كلًّا لا يتجزأ فعلى الدائن طلب جميع الضامنين دون واحد منهم ، فإن اشترط حمالة بعضهم عن بعض اتبع كل واحد منهم بمبلغ الدين جميعه ، أو قال : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ كل الحق من واحد شاءه [1] .

فإن لم يكونوا حملاء رجع الدافع على كل منهم بما يخصه فقط إن كانوا غرماء لرب الحق أصالة ، فإن كانوا حملاء عن مدين ، فيرجع الدافع بما أدى لرب الدين على الغريم .

= وقد جاء في المادة 878 مدني مصري والمادة 790 ، 791 من مشروع القانوني المدني طبقا للشريعة الإسلامية أنه « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ... » ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 333 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك ، ونصها : إذا حل الدين المضمون فليس للدائن أن يطالب الضامن به إن تيسر أخذه من مال المدين ، ولو كان المدين غائبا إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك فيعمل به . المذكرة الإيضاحية للمشروع ص 313 .

(1) جاء في المادة 792 مدني مصري والمادة 789 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أنه :

1 – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ، فلا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين .

2 – أما إذا كان الكفلاء قد كفل كل منهم الدين على حدة بعقد مستقل فإنه يجوز للدائن أن يطالب كل واحد منهم بكل الدين مالم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . وقد نصت المادة 647 من مجلة الأحكام العدلية على تعدد الكفلاء ، وبينت الواجب عليهم ، ونصها : « لو كان لدين كفلاء متعددة فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين ، وإن كانوا قد كفلوا معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين . ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين .. » .

وفي المادة 840 من مرشد الحيران أنه « إذا تعدد الكفلاء بدين وكان كل منهم قد كفله جميعه على حدته بعقود متعاقبة يطالب كل منهم بجميع الدين ، فإن أدى أحدهم برئ الجميع . وإن كانوا كفلاء عن بعضهم بجميع الدين بأمره يرجع المؤدي على كل منهم بقدر حصته » .

وصور المسألة التي تعدد فيها الحملاء أربع :

أولًا : تعدد الحملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض ، ولا أخذ أيهم شاء بحقه ، فلا يؤخذ كل إلا بحصته .

ثانيًا : اشترط حمالة بعضهم عن بعض ، ولم يقل أيكم شئت أخذت بحقي ، فيؤخذ من وجد بجميع الحق إن غاب الباقي ، أو أعْدَم ، أو مات .

ثالثًا : اشترط حمالة بعضهم عن بعض ، وقال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ أي واحد منهم بجميع الحق ، ولو كان غيره حاضرًا مليئًا ، وللغارم في هاتين الصورتين الرجوع على أصحابه ، أو على الغريم .

رابعًا : تعدد الحملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض ، وقال : أيكم شئت أخذت بحقي فيؤخذ أي واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضرًا مليئًا ، وليس للغارم الرجوع على أحد من أصحابه بل يرجع على الغريم .

وهذه الأحكام في الصور الأربع في حملاء غير غرماء تجري كذلك في الحملاء الغرماء .

فإن تنازل الضامن عن التمسك بنصيبه في الالتزام المضمون فليس له الرجوع ؛ لأنه تنازل عن حق للدائن (1) .

بند [17] علاقة المدين بالضامن

القانون الفرنسي : قاعدة عامة : للضامن الرجوع على المدين في كل حالة يفرض القانون أنه دفع إلى الدائن . وللضامن دعويان دعوى شخصية ، ودعوى نقلت إليه من الدائن . فالدعوى الشخصية تكون كدعوى الوكيل إذا كان يعلم المدين بالكفالة والدفع ، أو كدعوى وكيل الأعمال إذا كان المدين لا علم له بذلك ، فيرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصاريف والتعويض . وإذا دفع الضامن دينًا مضمونًا بين عدة مدينين متضامنين فله الحق في الرجوع على كل واحد بجميع ما أدى من الدين .

---

(1) يقول الدردير : « وإن تعدد حملاء الشخص ، ولم يشترط عليهم حمالة بعضهم على بعض اتبع كل منهم بحصته فقط دون حصة صاحبه إلا أن يقول : أيكم شئت أخذت بحقي فله أخذ جميع الحق ممن شاء ، ورجع الدافع على كل بما يخصه إن كانوا غرماء ، وإلا فعلى الغريم كترتبهم . الشرح الصغير جـ 3 ص 177 ، 178 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 298 ، وانظر الشرح الكبير 307/3 .

وللضامن أن يقاضي المدين متى أدى الضمان لا قبل ذلك ، إلا في الأحوال الآتية :

أولًا : إذا قاضى الدائن الضامن طالبًا دفع الدين منه ، فله إدخال المدين الأصلي طالبًا أن يحكم عليه له بما يحكم على الضامن للدائن .

ثانيًا : إذا أفلس المدين أو توقف عن الدفع ، فللضامن رفع الدعوى طالبًا الحكم له بدفع حصته مقدمًا حيث إنه سيدفع الدين الضامن فيه .

ثالثًا : إذا تعهد المدين للضامن بإخلائه من الضمانة في وقت محدود ، ومضى الوقت ولم يف بتعهده .

رابعًا : إذا جاء الأجل لسداد الدين ولم يدفعه المدين فللضامن الحق في رفع دعواه ضد المدين ؛ لأنه أصبح مهددًا بمقاضاته من الدائن .

خامسًا : بعد مضي عشر سنوات إذا لم يكن للدين أجل محدد .

وليس للضامن الرجوع على المدين المضمون في الأحوال الآتية :

أولًا : في حالة ما إذا دفع المدين دينه ، ولم يخبر الضامن بالدفع فدفع الضامن مرة أخرى هذا الدين ، فللضامن الرجوع على الدائن بما أدى؛ لأنه دفع ما لا يجب عليه .

ثانيًا : في حالة ما إذا دفع الضامن من غير إخبار المدين هي عنده دفوع يتلاشى معها الدين ، ولا يمنع رجوع الضامن بما أدى على الدائن .

ثالثًا : في حالة ما إذا قاضى الدائن مدينه الأصلي دون الضامن .

علاقات الضُمَّان بعضهم مع بعض :

الضامن الذي دفع الدين المضمون له حق الرجوع على بقية الضُمَّان . ويشترط لجواز الرجوع على بقية الضامنين : أن يكون قد دفع قهرًا عنه بقوة القانون ، فإن أدى اختياريًّا فليس له الرجوع إلا على المدينين الأصليين كل بنصيبه [1] .

---

(1) انظر : البنود من 2028 إلى 2033 ، في الفصلين الثاني والثالث من الباب الثاني ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 142 – 144 .

بند [18] علاقات المدين والضامن

التشريع الإسلامي :

قاعدة عامة : يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه ولو مقومًا [1] ؛ لأنه كالسلف ، إن ثبت الدفع منه لرب الدين ببينة أو إقرار رب الدين ، فإن صالح الضامن الدائن على الدين رجع على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به . فيرجع بما أدى وبما أنفق في سبيل الأداء بلا فائدة ، ولا تعويض ، فإذا كان الدين المدفوع من الضامن مضمونًا بين عدة مدينين متضامنين فله الحق في الرجوع على كل واحد بجميع ما أدى من الدين متى كان ضامنًا لا مدينًا فإن كان ضامنًا متضامنًا ومدينًا فله الرجوع على كل واحد بالباقي بعد خصم ما عليه بالشركة ؛ فإن كان الدين 100 جنيه على خمسة مدينين متضامنين ودفعه واحد منهم ، فيأخذ ممن يلاقيه نصف ما أداه عن الباقين دون ما عليه هو ، وهو 20 جنيهًا والباقي 80 جنيهًا فيأخذ أربعين وهكذا والثاني ، والثالث ، والرابع إلخ .

وللضامن طلب الدائن لتخليص حقه من الدين أو إخلاء سبيله من الضمان ، كما يجوز للضامن طلب المدين للوفاء بما ضمنه فيه ، وليدفع لرب الدين حقه [2] .

وليس للدائن طلب الضامن أولًا قبل تحقق عدم قدرة المدين على الدفع ، فإن تحقق إعساره فللضامن طلب المضمون في دعوى الوفاء بالضمان ليكون الحكم على الضامن دليلًا قاطعًا على وجوب الأداء بالتزامه بدفع ما يدفعه الضامن قضاء لما عليه لدائنه .

فإن أفلس المدين ودفع الضامن الدين حاصص الضامن دائني مضمونه ، وأخذ

---

(1) قاعدة : يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه ولو مقومًا . وقد تناولت المادة 800 مدني مصري والمادة 802 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية الحكم في ذلك ، ونصتا على أن : « 1 - للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد تمت بعلمه أو بغير علمه أو رغم معارضته . 2 - ويرجع بأصل الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى والمصروفات التي أنفقها من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده . وله فوق ذلك أن يرجع بالتعويض » . وهذا هو ما تناولته المادة 770 كويتي ، والمادة 982 أردني . وفي المادة 845 من مرشد الحيران أنه « إذا أدى الكفيل ما تكفل به من ماله فله الرجوع بما أدى على الأصيل . إن كانت الكفالة بأمر الأصيل » .

(2) وهذا هو النوع المسمي ضمان الطلب ، وقد عرفه الدردير بأنه التزام طلبه ، والتفتيش عليه إن تغيب ثم يدل ربَّ الحق عليه ، وإن لم يأت به لرب المال . الشرح الصغير (3/180) .

بقدر ما دفع .

وليس للضامن طلب المدين بالأداء إذا تعهد بإخلائه من الضمان ، ولم يفعل ؛ لأن حق الإخلاء من الضمان ليس في مقدور المدين إلا بالدفع ، لأن الإخلاء من الضمان حق للدائن لا للمدين .

ومتى جاء أجل الدين جاز للضامن طلب الدائن أن يقاضي مدينه أو يخلي سبيله ، كما يجوز للضامن أيضًا طلبُ المدين للوفاء بما ضمن فيه للدائن ، ويقضى له بذلك لإخلائه من الضمان [1] .

وليس مضي عشر سنوات مبيحًا مقاضاة الضامن للمدين؛ لأن الضمان تبع للدين الأصلي ، وقد سبق تفصيل الخلاف في سقوط الدين الذي في الذمة بمضي المدة ، وعدم سقوطه وتحكيم العرف والعادة .

ويشترط في صحة رجوع الضامن على المدين أن يؤدي عنه ما يرجع به ، ويكون واجبًا على المدين أداؤه .

فإن دفع المدين دينه ، ودفع الضامن نفس هذا الدين من غير أن يخطر المدين بذلك ، فليس له الحق في الرجوع على المدين ؛ لأنه لم يؤد واجبًا عليه .

وكذلك إذا كان الدين ساقطًا شرعًا لأي سبب فذهب الضامن من نفسه وأداه للدائن ، فلاحق له في الرجوع على المدين ، لأن الضامن يعتمد على دين واجب الأداء وإلا فلا يجب [2] .

وفي كلتا الحالتين للضامن الرجوع على الدائن بما أدى؛ لأنه لا حق له في أخذ

(1) جاء في المادة 981 مدني أردني « أنه إذا استحق الدين ، ولم يطلب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا خرج الكفيل من الكفالة » . وإنما ذلك حتى لا يقع في الضرر فيما لو أصاب المدين إعسار طارئ ، أو أي سبب آخر يحول دون استيفاء الحق منه ، لأن الضرر يزال ، ولا ضرر ولا ضرار . راجع المواد : 19 ، 20 ، 58 من مجلة الأحكام العدلية والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة المذكورة .

(2) أوجبت الفقرة الأولى من المادة 978 مدني مصري قيام الكفيل بإخطار المدين قبل قيامه بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان لديه وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بإنقضائه . وهو ما تناولته المواد 801 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، 983 مدني أردني ، 769 كويتي .

مال بدون حق ولا سبب شرعي .

وقد تقدم حكم الضُّمّان بعضهم مع بعض فلا داعي للإعادة [1] .

بند [19] تلاشي الضمان

القانون الفرنسي : بما أن الضمان عقد تابع لعقد الدين الأصلي ، فكل ما يمحو الدين الأصلي يمحو الضمان من دفع ، أو تجديد ، أو تنازل إلخ . مع ملاحظة أن تغير صفة شخص المدين الأصلي والضامن (بأن أصبح أحدهم وارثا للآخر) لا يسقط دعوى الدائن ضد ضامن الضامن ، ومع ملاحظة أن إمهال المدين الأصلي لا يعفي الضامن من الضمان الذي له الحق في مقاضاة المدين لإكراهه على الدفع . ويستثنى من ذلك أن ضامن المدين المفلس الذي حصل على اتفاق الدائنين بأقل من مدينه(كونكرد) [2] لا يعفيه من ضمان الدين كاملًا .

سقوط الضمان بطريق غير مباشر :

واجب الضمان يمكن أن يسقط لسبب ينشأ عن شخص الضامن بدون نظر إلى المدين كما إذا دفع هو ، أو حصلت مقاصة إلخ . إلا أن المقاصة لا تحصل من تلقاء نفسها بل لا بد من أن يطلبها الضامن في دعوى الدائن مثلًا .

ويسقط الضمان بسبب خاص ، وهو بفعل الدائن نفسه متى أسقط حقًّا ضامنًا لسداد الدين ، كحق الامتياز ، أو رهن كان على أملاك المدين الأصلي برئت ذمة الضامن من ضمانته . ويشترط لتطبيق هذه القاعدة ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون ضياع الحق بفعل الدائن نفسه ، وعمله محسوب عليه كتنازله عن حق رهن أو إهماله أي عمل قانوني لحفظ حقه ، بخلاف ما إذا ضاع بنص قانوني ، فلا يسقط الضمان .

الثاني : أن يكون الحق المتنازل عنه من الدائن قد وجد قبل الضمان ، فإن وجده بعده ، فلا يسقط الضمان ؛ لأن الضامن لم يحتسبه كسند له فيما ضمن .

---

(1) راجع : الكافي لابن عبد البر ص 398 ، 399 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 178 ، 179 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 296 .

(2) هي تسوية تجارية بين المفلس ودائنيه .

الثالث : يجب أن يكون الحق المتنازل عنه قد ألحق ضررًا بالضُّمَّان ، بمعنى أنه قد جعل وفاء الالتزام غير ممكن . فإن كان التنازل ، أو الإهمال الذي نتج عنه الضرر غير كلي بأن كان يمكن سداد بعض الالتزام سقط بقدر ذلك من الالتزام في الضمَان .

ويلاحظ أن الضمان لا يسقط بموت الضامن ، ولكن ينتقل بعد وفاته لورثته (1) .

بند [20] تلاشي الضمان

التشريع الإسلامي : الضمان عقد تابع لعقد الدين الأصلي ، فإذا سقط الدين الأصلي أو تغير وصفه ، ولم يقبل الضامن انتقال ضمانه سقط الضمان .

وانتقال المديونية إلى الضامن (بأن كان المدين مورثًا للضامن فمات فانتقل الدين للتركة التي يمثلها الضامن ، فيبقى ضامنًا بحيث لو لم يسد الدين من مال التركة أدى هو التزامه كضامن) ، لا يؤثر في الضمان ، كذلك لو انتقل الضمان إلى المدين بأن كان المورث هو الضامن ، فلا يؤثر على الضمان أيضًا .

والضامن ملزم بأداء ما ضمن فيه كاملًا (2) ، ولو أفلس مضمونه ، وسوى الدين المضمون بأقل من قيمته الحقيقية .

ويسقط الضمان بأداء الضامن أو طلب الضامن المقاصة مع الدائن (3) ؛ لأن الأصل في المقاصة أن تكون بين دينين متقابلين في ذمتين لشخصين أحدهما دائن ، والآخر مدين ، وكذلك العكس فيلتقي الدينان قصاصًا . وأما الضمان فليس بدين ، فلا يلتقي

---

(1) انظر : البنود من 2034 إلى 2039 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 144 – 145 .

(2) قاعدة : الضامن ملزم بأداء ما ضمنه كاملًا .

(3) قاعدة : الضمان يسقط بأداء الضامن ، أو طلب الضامن المقاصة مع الدائن . وقد جاء في المادة 782 مدني مصري والمادة 784 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أن الكفيل يبرأ بمجرد براءة المدين . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 853 من مرشد الحيران ، ونصها : « أداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل » . وفي المادة 854 من المرشد أن « إبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل » وفي المادة 857 من المرشد أن : « إحالة الأصيل غريمه بالدين المكفول على آخر حوالة مقبولة من المحيل والمحال عليه توجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل » . وقد تناولت المواد 987 – 992 مدني أردني موضوع انتهاء الكفالة بما لا يخرج عما جاء في المواد 624 ، 659 ، 660 ، 662 ، 667 ، 669 ، 671 من مجلة الأحكام العدلية ، وحاشية ابن عابدين 273/4 وما بعدها ، ونهاية المحتاج 459/4 والمغني لابن قدامة 83/5 وما بعدها .

الدينان مع دين الدائن قصاصًا إلا إذا أراد الضامن أداء ما ضمن فيلتقي الدينان قصاصًا .

وللضامن طلب رب الدين بتخليصه عند حلول أجل الدين ، ولو بموت المدين ، أو بفلسه حيث كان المضمون مليًّا بأن يقول له : إما أن تطلب حقك من المدين ، أو تسقط عني الضمان ، وله طلب المضمون بدفع ما عليه عند الأجل ولو سكت رب الدين . ومن قبيل ذلك طلب الضامن ربَّ الدين بالمقاصة بينه وبين المدين في دينهما ، حيث حل أجل الدين المضمون لينفك عنه الضمان ، أو بتخليصه من الضمان . وليس للمدين أن يطلب مقاصة بين الضامن والدائن . فإن أسقط الدائن حقًّا ضامنًا لسداد الدين كحق الامتياز ، أو رهن على أملاك المدين الأصلي ، فلا يسقط الضمان عن الضامن؛ لأن الرهن أو الامتياز لا يخلي الضامن من الضمان وجودًا وعدمًا ، على أن الضامن له الحق في إبطال تصرفات مدينه متى أضرت به ضررًا محققًا أو محتملًا ، فإذا أباح القانون للدائن مهاجمة المدين في تصرفاته المالية التي تعجزه عن دفع دينه وأداء ما التزم به ، فمن باب أولى الضامن الذي يقوم مباشرة بعد عجز المدين .

على أن شرط وجود الحق المتنازل عنه من الدائن قبل الضمان يعطى الحق للضامن في إلغاء تصرف المدين فيما تصرف فيه فأعجزه عن الدفع ؛ لأن هذا كان سندًا للضامن قبل الضمان ، وقد أخل بهذا الضمان . وليس الضامن سببًا في الرهن أو الامتياز حتى ينفك من الضمان لإهمال الدائن هذا الحق ، وإنما كان هذا الحق موجودًا بفعل الدائن نفسه .

ويلاحظ أن الضمان لا يسقط بموت الضامن [1] ، ولكن ينتقل في التركة الممثلة بأحد الورثة ، ويحل الضمان فيؤدي الدين المضمون من التركة حتى يحل أجل الدين الأصلي فيأخذه ورثة الضامن ؛ لأنهم أدوه من تركة مورثهم الضامن وقت وفاته ؛ لأن ديونه حلت بالوفاة [2] .

---

(1) قاعدة : الضمان لا يسقط بموت الضامن . وقد جاء في المادة 973 مدني أردني أنه : « إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استُحِقَّ الدين في تركة من مات » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 760 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 865 ، 866 ، 867 من مرشد الحيران وحاشية ابن عابدين 275/4 والمغني لابن قدامة 81/5 ونهاية المحتاج 458/4 . انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني 630/2 .

(2) يقول الحطاب : « يجوز المقاصة في ديني العين مطلقًا » ، وقال ابن عرفة : « المقاصة متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لماله على طالبه فيما ذكر عليهما » مواهب الجليل جـ 4 ص 549 .

نتيجة المقارنات من بند 1 إلى بند 20

اتفق التشريعان فيما يأتي :

دليل العقود ، مادة الدليل ، الدليل الكتابي ، قوة إثبات الأوراق العرفية ، الاتفاق الخفي ، الشهادة ، الإقرار ، اليمين ، أقسام الضمان ، الضمان البسيط ، نتائج الضمان ، علاقة الدائن بالضامن ، علاقة المدين والضامن ، علاقات الضمان بعضهم مع بعض ، تلاشي الضمان .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

حجة سجل الأعمال التجارية ، تحديد قبول دليل الشهادة [1] .

(1) انظر : بند 2033 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 144 .

بند [21] الضمان بالتضامن

القانون الفرنسي :

الضمان بالتضامن يمكن أن يكون في صورتين :

الأولى : التضامن بين الضُّمَّان . **الثانية** : التضامن بين الضامن والمدين الأصلي .

التضامن بين الضمان : هو أن يتعهد الضُّمَّان فيما بينهم بضمان تنفيذ التزامات المدين الأصلي ، ولا يكون هذا التضامن إلا بالاتفاق لاقانونا ولا قضاء . وبالرغم من هذا التضامن فهم ضامنون ومتضامنون ، فتطبق عليهم قواعد الضمان وقواعد التضامن ، فيمثل الجميعَ واحدٌ منهم ، فللدائن مقاضاة واحد بجميع الدين بلا تجزئة للدين . والدعوى على واحد تقطع سقوط الحق للجميع وتسري الفائدة على الجميع ، وللضامنين الحق في طلب التنفيذ على مضمونهم أولًا ، وينتفعون بما استفاد به مدينهم المذكور [1] .

ويحتفظ من دفع منهم بحق الرجوع على الباقين بما أدى كوكيل عنهم .

التضامن بين الضامن والمدين الأصلي : وهو أن يتعهد الضامن بتنفيذ ما التزم به المدين الأصلي بالتضامن مع المدين المذكور ، وهي اتفاقية وكثيرة الوقوع .

وقد اختلف العلماء في وضع الضامن المتضامن مع المدين هل هو كمدين متضامن ، أو هو ضامن فقط ؟ بمعنى أن تطبق عليه قواعد الضمان المطابقة للتضامن وذلك .

(1) ليس له حق طلب التنفيذ أولًا على المدين الأصلي .

(2) ليس له الحق في طلب قسمة الدين لدفع ما عليه هو فقط .

(3) طلب المدين الأصلي يسري على الضامن ، ويقطع سقوط الحق ويفيد احتساب فائدة التأخير .

ويمكنه أن يستفيد من حالة المدين الأصلي حتى في المقاصة بين المدين والدائن .

---

(1) تناولت المواد 279 مدني مصري ، 315 ، 320 عراقي ، 412 ، 426 أردني ، 341 كويتي موضوع التضامن ، وبينت أنه لا يفترض ، وإنما يكون باتفاق أو نص في القانون . وقد جاء هذا في المبسوط للسرخسي 174/11 – 177 والبدائع 41/6 – 51 . وقد تناولت المادة 975 مدني أردني تعدد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، وقضت بأن لمن وفى منهم بالدين أن يرجع على كل الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 657 من المجلة العدلية ، والمادة 858 مرشد الحيران . راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في المادة 426 .

وحالة الضامن بالتضامن مع المدين هي حالة الضامن العادي بلا تفرقة .

بند [22] التشريع الإسلامي

الضُّمَّان بالتضامن : يصح أن يتعهد الضُّمَّان فيما بينهم بالتضامن في تنفيذ التزامات المدين ، فهم ضامنون للمدين متضامنون فيما بينهم ، فتطبق عليهم قواعد الضمان وقواعد التضامن ، مع مراعاة التنفيذ على المدين أولًا ، إلا لشرط جواز التنفيذ على الضامن أولًا ، أو تخيير الدائن في أيهم يأخذ أولًا .

والتضامن بين الضامن والمدين الأصلي جائز ، وحينئذ فللدائن الحق في أخذ أيهما شاء ؛ لأن الضامن قبل أن يكون في منزلة المدين بتضامنه معه لا كضامن فقط ، وإنما كمدين غارم ، فليس له طلب التنفيذ على المدين أولًا ، وتجري المقاصة بين الضامن والدائن ؛ لأنه كمدين أصلي له ذلك [1] .

بند [23] الضمان الحقيقي [2]

القانون الفرنسي :

الرهن : هو عقد يضع به شيئًا منقولًا تحت يد شخص آخر ضمانًا لتنفيذ

(1) يقول الدردير : « وإن تعدد حملاء لشخص ، ولم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض اتُّبِعَ كلٌّ منهم بحصته ، ولا يؤخذ بعضهم عن بعض بأن قالوا : نضمنه أو ضمانه علينا ، وكذا إن تعدد غرماء ، ولم يشترط إلا أن يقول رب الحق لهم : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ جميع الحق ممن شاء منهم » ..
الشرح الصغير جـ 3 ص 177 ، 178 ، الكافي ص 398 بداية المجتهد جـ 2 ص 297 . وقد جاء في المادة 841 من مرشد الحيران أنه : « إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معًا في عقد واحد فلا يطالب كل منهم إلا بحصته من الدين المكفول . فإن التزم كل منهم منفردا بجميع ما لزم في ذمة الآخر فللدائن أن يطالب كلا منهم بجميع الدين » . وقد تناولت هذا الموضوع المادة 621 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة ، والمادة 329 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك ، ونصها : « إذا تعدد الحملاء لدين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه فللدائن أن يأخذ دينه من أي واحد منهم ، تيسر أخذه منه عن غيره . وليس لمن أخذ من الدين أن يرجع بشيء منه على غيره من الحملاء . وإن لم يستقل كل واحد بالضمان ، واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ جميع الدين من أي واحد منهم إن تعذر الأخذ من غيره ، ويرجع المأخوذ منه على غيره من الحملاء ، فإن لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض ، أو تيسر الأخذ من الجميع فإنه يأخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين على عددهم . شرح مجموع الأمير 169/2 ، وحاشية الدسوقي 307/3 . انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 212 .

(2) يتفق اصطلاح المؤلف : « الضمان الحقيقي » مع الاصطلاح المعروف في الكتابات القانونية المعاصرة : =

التزاماته . والذي يمكنه التعاقد في الرهن هو كل ما يمكنه التمليك والتملك . والذي يعمله هو المدين نفسه ، أو من يعمل كوكيل أو مدير أعمال . والمادة التي يصح أن توضع كرهن هي المنقول لا العقار ، والمنقول الذي يصح أن يباع ، سواء أكان جسمانيًا أو غير جسماني .

ويشترط لتحقيق الرهن :

أولًا : تحرير مكتوب بذلك ليحقق دليل الرهن لا لوجوده ، ويجب أن يكون المكتوب رسميًا أو عرفيًا ويسجل ، ويحتوي على المبلغ الواجب دفعه وعلى طبيعة الشيء المرهون ووزنه أو كيله .

وتجب الكتابة بنص القانون ما دام الرهن متحققًا في دين ، وفي حالة رهن المنقول لا تجب الكتابة ما دام ثمنه لم يتجاوز 150 فرنكًا فإن زادت تعينت الكتابة .

ثانيًا : يجب نقل الرهن من تحت يد الدائن إما بوضعه تحت يد الدائن ، وإما بوضعه تحت يد أمين على ذمة الوفاء بالدين . وهذا الشرط يعادل تسجيل الرهن في العقار ؛ لأنه بنقل العين من تحت يد الراهن تحصل العلانية المطلوبة لمصلحة الشخص الثالث .

فإذا كان الرهن دينًا مدنيًا وجب إعلان المدين رسميًا أو قبوله بوضع دينه رهنًا ممن ارتهنه . أما إذا كان الدين سندًا ماليًا يباع في السوق العام كالسند تحت الطلب ، أو كالسند لحامله ، أو كالسند الاسمي ، فالسند تحت الطلب يكفي تحويله بظهره للمرتهن وذكر أنه رهن ، والسند لحامله يكفي تسليمه له كالمنقول ، والسند الاسمي ينقل للاسم في مركز الشركة التي أصدرته باسم المرتهن .

ويستثنى من القاعدة السابقة الأحوال الآتية :

أولًا : إذا كان الرهن لضمان التزامات تجارية فتطبق المادة 91 ق تجاري .

ثانيًا : إذا كانت العين المرهونة هي عينا تجارية فيجب تسجيل ذلك في سجل المحكمة التجارية الواقع في دائرتها المدنية .

= التأمين العيني ويقابل اصطلاح الضمان الحقيقي ما تمت مناقشته من قبل تحت عنوان الضمان الشخصي ، أو الكفالة . وتطلق التأمينات العينية على ما يشمل كلا من حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز .

ثالثًا : في حالة تطبيق قواعده على وصل أمانة البضائع المودعة في مخازن التجارة ، أو وصل إيداع المحصول الزراعي .

نتائج الرهن :

ينتج الرهن أمرين :

أولًا : التزام بالنسبة للدائن المرتهن حالًا ، وللمدين الراهن مستقبلًا .

ثانيًا : لصالح الدائن المرتهن .

أولًا – التزامات تتولد من الرهن : عقد الرهن ملزم للطرفين ، فواجب الدائن المرتهن شيئان : حفظ العين المرهونة وردها لصاحبها عند سداد دينه ، أو الوفاء بالتزامه ، فإن فُقِدَت أو تلفت بتفريطه فهو ضامنه ، وعليه رد الرهن متى استوفى مطلوبه حتى المنفعة والنفقة ، فإن وضع الرهن عند غير الدائن تكفل بالحفظ والرد .

وواجب المدين دفع تكاليف حفظ الرهن النافعة والضرورية ، وتعويض الدائن فيما سبب له الرهن من خسارة كرهن حيوان مريض تفشى المرض بسببه في حيوانات الدائن فسبب له خسارة .

حق الدائن المرتهن :

للدائن المرتهن حق إمساك العين المرهونة حتى يقوم المدين بنفاذ التزاماته ، وحق أفضليته .

وحق إمساك العين المرهونة لا يتجزأ ؛ فللدائن حفظ كامل الرهن ما دام له شيء قليل من حقه . وليس للدائن حق الانتفاع بالرهن مطلقًا ؛ فإن انتفع به حسب ذلك من أصل الدين . فإن كانت له فائدة ضمت على الأصل لتسترد عند نهاية الرهن إلى المدين .

وحق أفضلية الدائن على غيره أنه إذا وجد دائنين ، وبيع الرهن استوفى الدائن المرتهن أولًا كامل حقه ، ولكن ليس له حق متابعة الرهن متى خرج من يده اختيارًا ، فإن سرق أو فقد ثم وجد في يد الغير فللدائن المرتهن استرداده في مدة ثلاث سنوات من واضع اليد ، حتى ولو كان حسن النية .

تحقيق الرهن :

القاعدة أن الرهن يجب أن يباع في المزاد العلني بإذن من المحكمة . ومع ذلك

يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة تملك الرهن نظير ما يساوي من قيمة الدين ، فتحسب قيمته من الدين .

الاتفاق ممنوع في عقد الرهن على ثلاثة أشياء :

أولًا : الاتفاق على تملك العين المرهونة إلى الدائن الراهن متى جاء الأجل ، ولم يف المدين بالتزاماته لا يجوز .

ثانيًا : الاتفاق على تملك الرهن في نهاية المدة بثمن معين في عقد الرهن عند عدم الوفاء لا يجوز .

ثالثًا : الاتفاق على جواز بيع الرهن عند عدم الوفاء بالالتزامات بطريق الممارسة ، أو بدون إذن المحكمة لا يجوز .

منع القانون وضع هذه الشروط في العقد محافظة على المدين من الدائن الذي يستعمل الربا الفاحش تحت هذا الستار ، فيضطر الراهن إلى التسليم بذلك ، ولذلك جازت هذه الشروط إذا تحررت بعد عقد الرهن لثبوت أن المدين استعمل كامل حريته في التعاقد .

تلاشي الرهن :

الرهن يتلاشى كما يتلاشى الضمان إما بطريق النتيجة ، وإما مباشرة ، ومتى تلاشت الالتزامات تلاشى الرهن تبعًا لها . ويتلاشى الرهن مباشرة إذا تنازل عنه الدائن ورده إلى المدين ، أو إذا فقد الرهن نفسه ، أو إذا أساء المرتهن استعمال الرهن ، (تجاوز الحد القانوني) .

الرهن المفهوم (المقدر) : الرهن المقدر ، أو المفهوم هو الذي لم يذكر في عقد صريح ، لكن نتج من اتفاق مفهوم بين الدائن والمدين . وعلى هذا الأساس حدد القانون عدة مسائل يكون الرهن مفهومًا بين الطرفين ، وإن لم ينص عليه صراحة وذلك :

أولًا : في حالة الإيجار ، فإن منقولات المستأجر ضمان لإيجار العين المؤجرة ، وكذا في إيجار الأطيان .

ثانيًا : في إيجار نقل المتاع ، فإن المتاع المنقول ضامن لأجر النقل .

ثالثًا : في إيجار اللوكاندات والنزل للمسافرين بما يحملون من أمتعة ضامنة للإيجار [1] .

---

(1) انظر : البنود من 2071 إلى 2084 في الباب الأول ، من الكتاب السابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الثاني ص 152 - 155 .

بند [24] الضمان الحقيقي الرهن

التشريع الإسلامي : سار المشرع الوضعي على أن الرهن من قبيل الضمان ، وليس هذا من قبيل اصطلاح الفقهاء في التشريع الإسلامي . فإن الضمان هو : ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الطلب كما سبق الإشارة إليه [1] ، وأن الرهن وإن كان حقيقة من قبيل الضمان لكنه ليس اصطلاحًا فقهيًا [2] ؛ لأن الرهن كما عرفه الفقهاء هو « شيء متمول عينًا ، أو عرضًا ، أو حيوانًا ، أو عقارًا ، أو منفعة أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم ، أو صائر إلى اللزوم » [3] .

وقد خصص التشريع الوضعي الرهن بالمنقول فقط [4] وسيأتي رهن العقار . والمشرع الإسلامي يرى أن الرهن يشمل كل شيء متمول منقولًا أو عقارًا أو منفعة .

والذي يمكنه التعاقد في الرهن هو كل مكلف شرعًا غير محجور عليه يصح له شرعًا التمليك والتملك [5] .

---

(1) عرف الفقهاء الضمان بأنه التزام مكلف غير سفيه دينًا على غيره ، أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل عليه . الشرح الصغير (172/3) .

(2) اعتبر الفقهاء الرهن وثيقة بالدين ، ونصوا على ذلك في تعريفهم للرهن . ويجري توثيق الديون والحقوق في الفقه الإسلامي بوسائل عديدة ، منها الكتابة والإشهاد والكفالة والحوالة والرهن ، فهذه جميعها وثائق بالدين أو الحق تفيد الضمان . ولذا فإن ذهاب المؤلف إلى المغايرة بين الرهن والضمان ليس صحيحا بهذا الإطلاق ، إذ يمكن القول بأن الرهن مفيد للضمان في الاصطلاح الفقهي ، بل إن الضمان للحق أو الدين هو الهدف من الرهن في التناول الفقهي ، وهو ما كان على المؤلف أن يصوغ عبارته في ضوء ذلك .

(3) يقول الدردير : « الرهن شيء متمول أي من الأموال كانت عينا أو عرضا أو حيوانا أو عقارًا ، كمنفعة ، أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم » الشرح الصغير جـ 3 ص 121 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 272 . حاشية الرهوتي جـ 5 ص 264 .

(4) فرقت التشريعات المدنية العربية الموضوعة موضع التطبيق بين كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي . طبقا لما جاء في المادة 1030 مدني مصري ، والمادة 1285 عراقي والمادة 971 كويتي والمادة 1322 أردني ، هو « حق عيني يتقرر للدائن بمقتضى عقد على عقار مخصص لوفاء دينه ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون » . أما الرهن الحيازي فقد جاء تعريفه في المواد 1096 مصري ، 1087 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية 1321 عراقي ، 1372 أردني « وهو حق عيني كذلك يتقرر للدائن بمقتضى عقد على منقول مخصص لوفاء دينه ، يسلم إليه أو إلى عدل يعينه المتعاقدان فيكون له بمقتضاه أن يحبس المنقول لحين استيفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك المنقول في أي يد يكون » .

(5) تناولت المادة 1032 مدني مصري ما يلزم توافره في الراهن ، ونصها :

=

والذي يتعاقد في الرهن هو المدين ، أو وكيله ، أو أي شخص آخر غيرهما وولي القاصر وولي المحجور عليه . ومادة التعاقد في الرهن هي كل متمول منقولًا أو عقارًا والرهن يباع لسداد الدين إذا لم يف المدين بدينه سواء أكان منقولًا أو عقارًا . ويشترط لتحقيق الرهن وجود العين المرهونة تحت يد المرتهن ، أو تحت يد أمين (1) .

ويصح أن يكون عقد الرهن مكتوبًا كما يصح أن يكون بشهادة شهود ، فيوضح في المكتوب قيمة الدين المرهون فيه وأوصاف الرهن وما يساويه وقت الرهن ، والأجل المضروب للوفاء وأن يكون من صورتين إن كان المكتوب عرفيًا ، فإن كان إشهادًا فيكتفي بالأصل المسجل لجواز أخذ صورة منه لمن يريد . ولزم الرهن بالصيغة ؛ فللمرتهن مطالبة الراهن بالرهن ويقضى له به ، ولا يتم الرهن إلا بالقبض ، وقبل القبض يكون المرتهن أسوة بالغرماء ، وبعد القبض يختص به المرتهن دون الغرماء ، لأنه لا يباع الرهن لتجهيز المدين منه إذا مات .

واختلف علماء مذهب الإمام مالك ، هل لابد من لفظ صريح كرهنت أم لا ؟ فلو دفع رجل إلى آخر سلعة ولم يزد على قوله (أمسكها حتى أدفع لك حقك) هل تكون رهنًا بمجرد هذا اللفظ ، أو لابد من التصريح بالرهنية ؟ فقال أشهب (2) : « تكون رهنًا » ، وقال ابن القاسم (3) : « لا تكون رهنًا إلا بالتصريح » (4) .

وبما أن شرط تحقق الرهن نقل الرهن من يد الراهن إلى المرتهن أو الأمين ، فلو

= 1 - يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصًا آخر يقدم رهنًا لمصلحة المدين .
2 - وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون وأهلًا للتصرف فيه .
انظر المذكرة الإيضاحية ص 417 .

(1) الشرح الصغير (123/3) .

(2) أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم ، الإمام ، مفتي مصر ، أبو عمرو القيسي العامري المصري الفقيه . سمع مالك بن أنس ، والليث بن سعد ، ويحيى بن أيوب ، وسليمان بن بلال ، وحدث عنه الشافعي ، وقال عنه : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه . كان أشهب على خراج مصر ، وكان صاحب أموال وحشم . توفي سنة 204 هـ وكان مولده سنة أربعين ومائة سير أعلام النبلاء 323/8 ، 324 ، شذرات الذهب 12/2 .

(3) ابن القاسم سبق ترجمته .

(4) من أركان الرهن الصيغة ، وظاهرها ما يكفي للدلالة على الرضا ، وقال ابن القاسم : لابد فيها من اللفظ الصريح » الشرح الصغير (121/3) . وقد اشترطت القوانين العربية المعاصرة في الرهن الرسمي توثيقه بورقة رسمية . وهذا هو ما نصت عليه المواد 1031 مدني مصري ، 1286 عراقي ، 1323 أردني ، 972 كويتي ، 1034 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية . ولا يعد اشتراط ذلك عما قررته القواعد العامة للشريعة التي قصدت إلى حفظ الأموال وندبت إلى كتابة الالتزامات والديون المؤجلة . وبهذا فإنه لا يكتفى بالتصريح لإنشاء الرهن وإنما يلزم توثيقه بوثيقة رسمية .

جالت فيه يد الراهن بطل الرهن ، ويبطل الرهن :

1 – إذا وجد شرط في عقد الرهن مناف للرهن كأن لا يقبضه أولا يبيعه عند الأجل .

2 – إذا كان الرهن في بيع فاسد إلا أن يفوت ففي عوضه .

3 – إذا جعل الرهن في قرض جديد مع دين قديم واختص به الجديد .

4 – إذا حصل مانع كموت الراهن ، أو فلسه ، أو جنونه ، أو مرضه المتصل بموته قبل حوزه ولو جَدَّ فيه .

5 – إذا أذن المرتهن للراهن في سكنى دار مرهونة ، أو في إجارة لذات مرهونة عقارًا ، أو حيوانًا ، أو عروضًا ولو لم يفعل .

6 – إذا أذن ببيع الرهن وسلمه للراهن ، وبإعارة الرهن لراهنه ، ويتم البطلان إن فات بنحو بيع كهبة وصدقة وحبس (وقف) ، فإن لم يفت فللمرتهن أخذه بالقضاء [1] .

وبما أن الرهن جعل للتوثق فقط في دفع المدين دينه ، فلا مانع من أن يكون سند الدين رهنًا في دين آخر؛ لأن الرهن ليس بيعًا للدين ولا تحويلًا ولا تنازلًا للغير ، فلا يشترط إذن المدين في رهن سند ولا في رهن نفس الدين .

نتائج الرهن :

ينتج عن الرهن التزامات للدائن المرتهن ، وللمدين الراهن .

أولًا – ما يلزم الدائن المرتهن : يجب على الدائن المرتهن حفظ الشيء المرهون ورده لصاحبه عند سداد الدين أو الوفاء بالالتزام [2] . فإن فقد أو تلف الشيء

(1) يقول الدردير : « وبطل الرهن بمعنى العقد بشرط مناف لما يقتضيه العقد ، إذ القاعدة أن كل عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له كأن شرط ألا يقبضه ، أو شرط أن لا يبيعه عند الأجل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 124 ، الكافي لابن عبد البر ص 410 .

(2) تناولت المادة 1103 ، 1106 من مشروع القانون المدني المصري الواجب على المرتهن في حفظ الرهن والعناية به وإدارته ، ونص المادة 1103 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ما يأتي : – « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ، مالم يثبت أن ذلك يرجع بسبب أجنبي لا يد له فيه » . ونص المادة 1106 « يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ... » .

المرهون فحكمه كالآتي :

1 - إن كان الرهن مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه ، فيضمن المرتهن متى كان الرهن بيده ، وادعى ضياعه أو تلفه أو رده وأكذبه الراهن ، ولم تقم على هلاكه بينة ، وذلك كالحلي والثياب والسلاح [1] .

2 - وإن كان مما لا يغاب ، عليه كالحيوان وادعى ضياعه أو تلفه أو رده ، فإنه يصدق ولا ضمان عليه ما لم يكن قد قبضه ببينة مقصودة للتوثق ، وإلا فلا يصدق إلا ببينة تشهد على ذلك [2] .

فلو شرط البراءة من الضمان ، فلا ينفعه شرطها في غير رهن متطوع به وهو المشترط في العقد ، أو علم احتراق محله وادعى احتراقه أو سرقة محله ، وادعى أنه سرق من جملة متاعه فيضمن ولا ينفعه ذلك إلا بقاء بعضه ، وإلا بأن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه ، أو قامت على ضياعه بينة ، أو كان متطوعًا به بعد العقد ، واشترط عدم الضمان ، أو عُلِم احتراق بعضه وبقاء البعض فلا ضمان ، ولو اشترط ثبوته إلا أن تكذبه البينة [3] .

وحلف المرتهن في ضمانه ، وفي عدم ضمانه متى طلب يمينه الراهن قائلًا : (لقد ضاع ، أو تلف بلا تفريط منه ، أو إنه لا يعلم موضعه) [4] .

كل هذا التفصيل إذا كان الرهن بيد المرتهن ، فإن كان بيد أمين فلا ضمان عليه إلا إذا فرط أو أهمل [5] ، فنتج عن تفريطه أو إهماله ضياع الرهن أو تلفه ، وهو التشريع الوضعي المأخوذ عن الفقه الإسلامي . وإن سلم الأمين الرهن للراهن

---

(1) وضمن مرتهن إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، والسلاح ، والكتب ولم تقم على هلاكه بينة إلا إن قامت . الشرح الصغير (133/3) .

(2) إن كان مما لا يغاب عليه ، أو قامت على ضياعه بينة فلا ضمان على المرتهن . الشرح الصغير (133/3) .

(3) يقول الدردير : « وضمن الرهن مرتهن إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه عادة كالحلي والثياب والسلاح والكتب لا إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان ، وادعى ضياعه ، أو تلفه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 133 .

(4) وحلف المرتهن مطلقًا في ضمانه ، وعدم ضمانه أي للراهن تحليفه أنه ضاع ، أو تلف بلا تفريط منه ، ولم يعلم بموضوعه . الشرح الصغير (133/3 ، 134) .

(5) قاعدة : إذا كان الرهن بيد المرتهن فلا ضمان عليه إلا إذا أتلف أو أهمل .

بلا إذن من المرتهن ضمن الأقل من الدين أو قيمة الرهن .

وإن سلمه للمرتهن وتلف عنده ضمن القيمة للراهن [1] ، فإن كانت قدر الدين سقط الدين ، وبرىء الأمين ، وإن زادت على الدين ضمن الزيادة للراهن ، ورجع بها على المرتهن إلا لعدم تفريطه (ولا فرق هنا بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب عليه ؛ لأن الأمين والمرتهن متعديان) .

ومتى رد الرهن بعد سداد الدين ، أو الوفاء بالتزاماته رد معه ما نتج [2] عنه من فائدة ونتاج وأرباح وغلة الخ بدون أخذ شيء من ذلك إلا إذا اشترط المنفعة لنفسه في رهن دين غير قرض وكانت المدة محددة ، كما سيأتي :

وتكاليف حفظ الرهن النافعة والضرورية فيها التفصيل الآتي :

أولًا : إن كان الرهن عند أمين فنفقة حفظ الرهن على الراهن يرجع بها عليه ، إلا لشرط أو عرف فيعمل بهما ، وليس الشيء المرهون رهنًا في نفقته إلا لشرط فيعمل به .

ثانيًا : إن كان الرهن عند المرتهن ، فإما أن يكون الإنفاق على نحو شجر وزرع خيف عليه التلف بعدم سقيه والإنفاق عليه ، وامتنع الراهن من الإنفاق ولم يأذن للمرتهن في

---

(1) يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة عند الشافعية والحنابلة ، فلا يضمنها المرتهن إن هلكت في يده إلا بتفريطه أو تعديه ، لحديث « لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » . ولأنه لو كانت يده يد ضمان لامتنع الدائنون عن أخذه فتتعطل المداينات ، وفيه ضرر عظيم . حاشية قليوبي وعميرة 275/2 وكشاف القناع 341/3 والإنصاف 155/5 ونهاية المحتاج 181/4 . وذهب الأحناف إلى أن يد المرتهن يد ضمان ، فيضمن إن هلك الرهن الأقلَّ من قيمته ومن الدين . واستدلوا بحديث الرجل الذي رهن فرسا فنفق في يده فقال رسول الله ﷺ للمرتهن « ذهب حقك » فتح القدير : 70/9 . وفرق المالكية بين ما يغاب عليه من الأموال التي يمكن إخفاؤها كالحلي وبين ما لا يغاب عليه من الأموال الظاهرة كالحيوان ، واعتبروا يد المرتهن يد ضمان فيما يغاب عليه من الأموال ، خلافا لما لا يغاب عليه من الأموال فيده عليها يد أمانة فلا يضمنها إلا بتعديه أو إهماله وتفريطه . بداية المجتهد 247/2 وحاشية الدسوقي 253/3 . وهو ما تناولته المادة 1103 من القانون المدني المصري التي نصت على أنه إذا تسلم المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته عناية الرجل المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

(2) زوائد الرهن ونماؤه للراهن عند المالكية وينوب عنه المرتهن في تحصيلها ، حتى لا تجول يد الرهن في الرهن ، مما قد يؤثر في حق المرتهن . ويجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بشروط في المذهب ، منها اشتراط ذلك في صلب العقد ، وألا يكون المرهون به دين قرض وأن تحدد مدة الانتفاع . حاشية الدسوقي 246/3 وانظر مذهب الأحناف في حاشية ابن عابدين 310/5 ويقترب ما أخذت به المادة 1104 وما بعدها مدني مصري من المذهب المالكي . ويقابلها المواد 1340 مدني عراقي ، 1038 كويتي ، 1393 أردني ، 1099 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية .

ذلك ، بدأ بما أنفق في الثمر والزرع فتقدم على الدين ، ولا تكون دينًا في ذمة الراهن [1] .

وإما أن يكون الإنفاق على غير ذلك فيرجع المرتهن على الراهن بما أنفق في ذمة الراهن ولو لم يأذن له فيه ، وليس الرهن رهنًا فيها إلا أن يصرح بذلك في عقد الرهن .

وهل يجبر الراهن على الإنفاق على الشجر والزرع مطلقًا ، ولو اشترط في صلب العقد أو لا يجبر ؟ خلاف . ولو تسبب عن الرهن ضرر للمرتهن وكان سببًا مباشرًا فإن الراهن يضمن للمرتهن هذا الضرر .

ثالثًا : حق الدائن المرتهن : للدائن المرتهن حق إمساك العين المرهونة حتى يتم السداد كلية ، فلو قضى المدين بعض الدين ، أو أسقط الدائن بعضه ، أو سقط البعض لأي سبب ، فجميع الرهن فيما بقي إلا أن يتعدد الراهن ، أو المرتهن فينظر حينئذ في تخليص بعض المرهون نظير ما يقابله من الدين .

وليس للدائن حق الانتفاع بالرهن استعمالاً ، ولا فائدة ، ولا ثمرة فإن انتفع به حُسِبَ ذلك من أصل الدين إلا بشرط كما سيأتي . ويدخل في الرهن ويضم لأصله صوف تم وقت الرهن ، فإن لم يتم فللراهن أخذه بعد تمامه ، واندرج جنين وقت الرهن وبعده وفرخ النخل على أن يرد للراهن عند رد الرهن .

حق أفضلية الدائن المرتهن : الدائن المرتهن مقدم على الدائن العادي فيقضى دينه أولًا من ثمن الرهن ، فإن بيع الرهن بعد أن قبضه المرتهن مضى البيع إن باعه بمثل الدين فأكثر ، والدين عين أو عرض من قرض وإلا فله الرد . ومتى أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

فإن خرج الرهن من يد المرتهن ، فإما أن يكون بإذنه ، أو بدون إذنه ، فإن خرج

---

(1) إن أنفق المرتهن علي رهن نحو شجر ونحوه الزرع خيف عليه التلف بعدم سقيه ، والإنفاق عليه ، وامتنع الراهن من الإنفاق رجع عليه بما أنفق ... إلخ . الشرح الصغير (132/3) . وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى تحمل الراهن مؤنة المرهون كعلف الدابة وسقي الزرع والثمار وأجرة مكان الحفظ والحارس ورعي الماشية ، وذلك لأن المرهون ملك الراهن فوجب عليه غرمه وتحمل نفقته . حاشية الدسوقي 251/3 وكشاف القناع 333/3 ونهاية المحتاج 279/4 . وذهب الأحناف إلى أن تكلفة الإنفاق لمصلحة الراهن كعلف الدابة عليه ، وما كان لمصلحة المرتهن كحفظ المرهون وحراسته عليه . حاشية ابن عابدين 316/5 . وقد جاءت المادة 1116 مدني مصري بإلزام المرتهن بالإنفاق على المرهون على أن يستنزل ذلك من ثمن الرهن ، مما يؤول إلى إيجاب نفقة المرهون على الراهن ، ويتفق ذلك مع ما جاءت به المواد 1404 أردني ، 1344 عراقي ، 1069 سوري .

بإذنه فلا حق له في استرجاعه كرهن ، فإن الرهن يبطل بإذنه في سكنى دار مرهونة أو في إجارة للرهن متى كان المأذون له هو الراهن . فإن كان الإذن بذلك لغير الراهن ، فلا يبطل الرهن ولكن قيمة الإيجار تكون للمالك ، وإن كان الخروج من يده بغير إذنه تم بطلان الرهن إن فات بنحو بيع أو هبة أو صدقة أو وقف ، فإن لم يفت فللمرتهن أخذه قضاء ، ويقضى به له .

وللمرتهن متابعة رهنه في يد الغير فهو أحق به خصوصًا إذا سرق أو اغتصب [1] .

والعبرة في استرداد الرهن وعدم استرداده هو الفوت وعدمه كما مر في الغصب .

حق تملك منفعة الرهن : منفعة الرهن أصالة للراهن أيا كانت . غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز للمرتهن اشتراط المنفعة لنفسه [2] ، كشرط سكنى منزل مرهون ، أو ركوب دابة مرهونة ، أو خدمة رقيق مرهون مثلًا . ولكن يشترط لجواز ذلك شرطان :

الأول : أن تكون المنفعة المشترطة معينة بزمن أو عمل .

الثاني : أن يكون الرهن في دين بيع أو ما أشبهه لا في دين قرض [3] .

ويمكن معرفة الحكم من التقسيم الآتي :

إن منفعة الرهن إما أن تكون مدتها معينة أو غير معينة ، وإما أن يشترطها المرتهن أو يتطوع بها الراهن عليه ، وإما أن يكون الرهن في عقد بيع أو قرض .

فأخذ المرتهن لها في رهن القرض ممنوع في صوره الأربع وهي معينة أم لا مشترطة أو متطوع بها . وفي رهن البيع في ثلاث ؛ إذا كان متطوعًا بها معينة أم لا أو مشترطة ولم تعين والجواز في واحدة ، وهي ما إذا اشترطت وكانت معينة .

وجاز شرط المنفعة المعينة بزمن أو عمل على أن تحسب من الدين في بيع أو

---

(1) يقول الدردير : « وجاز لمرتهن شرط منفعة في الرهن كسكن أو ركوب أو خدمة بشرطين أشار لهما بقوله : عينت بزمن أو عمل للخروج من الجهالة في الإجارة ببيع فقط لا قرض .. » الشرح الصغير جـ 3 ص 129 . وقد تقدمت الإشارة إلى مذاهب الفقهاء في استحقاق المنفعة واشتراطها .

(2) قاعدة : يجوز للمرتهن اشتراط المنفعة لنفسه مدة معينة ، أو في عقد بيع أو قرض .

(3) وجاز شرط منفعة في الرهن كسكنى أو ركوب أو خدمة بشرطين :

1 – عينت بزمن أو عمل . 2 – ببيع أي في دين بيع فقط ، لا قرض .

الشرح الصغير (3/128 ، 129) .

قرض [1] ، وكذا إذا وقعت بعد العقد بخلاف المتطوع بها بعد العقد .

تحقيق الرهن : متى فات أجل الدين واستحق الالتزام الوفاء وجب أداء الالتزام . فإن أداه المدين أخذ رهنه ، وإن لم يؤد بيع الرهن واستوفى الدائن حقه [2] قبل الدائنين [3] الآخرين غير المرتهن ، فإن كانوا جميعًا مرتهنين قدم الأول فالأول .

ويباع الرهن على النحو الآتي :

أولًا : إن كان الرهن عند أمين فللأمين بيع الرهن في الدين إن أذن له الراهن بذلك ، ولو في العقد سواء أكان بيعه قبل الأجل أو بعده ؛ لأنه وكيل عن الدائن الراهن . فإن أذن الراهن للأمين ببيع الرهن ، وقال له : (إن لم آت بالدين وقت كذا فبعه) ، فلا يجوز له البيع ولا بد من إذن الحاكم لما يحتاج إليه من إثبات الغيبة أو العسر أو المطل .

ثانيًا : إن كان الرهن عند المرتهن فيجوز للمرتهن بيع الرهن ، إن أذن له الراهن بعد العقد لا في حال العقد ؛ لأن الإذن الواقع في العقد كالإكراه لضرورته فيما عليه من الحق فإذنه كلا إذن [4] .

فإن قيد إذن البيع بقوله : (إن لم آت بالدين وقت كذا فبعه) مثلًا ، فلا يجوز للمرتهن بيع الرهن إلا بإذن الحاكم ، وهذا هو التشريع الوضعي .

ثالثًا : إن كان الرهن عند أمين أو كان عند المرتهن ، ولم يأذن لهما بالبيع باع الحاكم الرهن متى امتنع ربه من بيعه بعد الأجل ومن وفاء الدين ، وكذلك يبيع الحاكم إن غاب الراهن أو مات .

---

(1) قاعدة : متى فات أجل الدين واستحق الالتزام الوفاء وجب أداء الالتزام فإن أداه المدين أخذ رهنه ، وإن لم يؤده بيع الرهن واستوفى الدائن حقه .

(2) الشرح الصغير (128/3 ، 129) .

(3) هذا محل اتفاق بين الفقهاء . انظر : المغني لابن قدامة 447/4 ونهاية المحتاج 274/4 وكشاف القناع 342/3 وابن عابدين 95/5 – 310 . ويتفق هذا بوضوح مع ما جاء في المواد 1056 مدني مصري ، 1304 عراقي ، 1000 كويتي 1348 أردني . وتتفق نصوص هذه المواد مع ما جاء في المادة 757 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادتين 1009 و 1010 من مرشد الحيران . ونص المادة 757 من المجلة العدلية أنه : « إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من أدائه فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين ، فإن أبى وعاند باعه الحاكم وأدى الدين » .

(4) يقول الدردير : « وإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقا » الشرح الصغير جـ 3 ص 131 ، الكافي ص 410 .

ولا يحكم القاضي للمرتهن ببيع الرهن إذا غاب أو مات ، إلا إذا ثبت عنده الدين ومِلكُ الراهن له ، وتحليفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به ، وأنه باق عليه إلى حين قيامه .

ومجمل القول أن الراهن إما أن يأذن ببيع الرهن للأمين أو للمرتهن في نفس العقد ، أو بعده ، وفي كل إما أن يطلق أو يقيد (فالصور ثمان) ، فإن وقع منه الإذن للأمين في العقد أوبعده وأطلق جاز له البيع بلا إذن ، وإن قيد فلا بد من الرفع للحاكم ، وإن أذن له في حالة العقد ، فلابد من الرفع قيد أو أطلق ، ومتى باع الحاكم وجب أن يكون بالمزاد العلني ، وحينئذ يجوز للدائن المشتري كآحاد الناس ، ويكون دينه ثمنًا للرهن حسب ما يساوي ، ويدفع الباقي إن زاد ويرجع بباقي دينه إن نقص عن الدين .

ولا يجوز الاتفاق على تملك العين المرهونة نظير الدين متى جاء الأجل ، ولم يف بل يجب أن يباع الرهن بطريق المزايدة العلنية [1] .

وقد منع التشريع الإسلامي الإذن للمرتهن ببيع الرهن في حال العقد ، وأجازه بعده ؛ لأن الإذن الواقع في العقد إكراه للمدين لضرورته فيما عليه من الحق ، فإذنه كلا إذن . وقد أخذ التشريع الوضعي نفس هذا الحكم مع علته عن التشريع الإسلامي ؛ فنص على أن الاتفاق على تملك الرهن في نهاية المدة أيًا كان ممنوع في العقد جائز بعده ، وذلك محافظة على المدين من الدائن ، فإن تحررت الشروط بعد العقد جاز ؛ لأن المدين قد استعمل كامل حريته في التعاقد .

ولا يمكن أن يقال إن التشريع الإسلامي أخذ عن التشريع الوضعي لسبق التشريع الإسلامي يوم أن كان التشريع الوضعي معدومًا .

تلاشي الرهن : يتلاشى الرهن إما بحكم تلاشي الدين فيكون تلاشيه تبعًا ، فمتى أدى الالتزام فقد وجب إرجاع الرهن لربه ، وقد يتنازل عنه المرتهن فيبقى الدين بلا

(1) قاعدة : لا يجوز الاتفاق على تملك العين المرهونة نظير الدين متى جاء الأجل ولم يف ، بل يجب أن يباع الرهن بطريق المزايدة العلنية . وهذا تفسير لحديث الرسول ﷺ : « لا يغلق الرهن » أي لا يخرج عن ملكية صاحبه إلى المرتهن إذا عجز الراهن عن الوفاء بدينه . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1052 مدني مصرى ، والمادة 1055 مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1301 عراقي والمادة 992 كويتي . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 858 من مرشد الحيران . ومعنى أن الرهن لا يغلق أن المرهون لا يتملكه المرتهن بالدين . وذلك لأن الرهن للاستيثاق ، ويؤدي هذا الشرط إلى بيع المرهون بالدين . انظر بدائع الصنائع 373/8 والمغني لابن قدامة 430/4 .

رهن ، ولو ادعى المرتهن رد الرهن وأنكر ربه لم يقبل من المرتهن ويضمن .

واستمر الضمان عليه إن قبض الدين أو وهب له حتى يسلمه لربه ، ولا يكون كالوديعة ؛ لأنه قبض على وجه التوثيق ، إلا أن يحضره المرتهن لربه أو يدعوه لأخذه فيقول ربه : دعه عندك ، أو ما في معناه ثم ادعى ضياعه فلا يضمن ؛ لأنه صار بعد البراءة من الدين ، وبعد إحضاره لربه أو طلبه لأخذه محض أمانة (1) .

ولو اختلفا في مقبوض فقال الراهن : هو عن دين الرهن ، وقال المرتهن : هو عن غيره ؛ حلف كل منهما على طبق دعواه ، ونفي دعوى صاحبه ووزع على الدينين كأن نكلا .

الرهن المفهوم : هذا النوع من الرهن موجود في التشريع الإسلامي ، ولكنه ليس مبوبًا فأعطي أحكام هذا الرهن في عدة مسائل ، ففي الواقع لا يشترط في الرهن قول كما سبقت الإشارة إليه في الخلاف بين الإمام أشهب والإمام ابن القاسم ؛ ولهذا كان الرهن مفهومًا بين الطرفين ، وقدر المشرع وجوده فعلًا بين الطرفين ورتب عليه أحكامه بدون نص عليه وذلك :

أولًا : حالة إيجار المساكن والحوانيت وما أشبهها ، فإن ما بها من أثاث أو متاع ضمان لما يستحق من الإيجار .

ثانيًا : إيجار الأرض : فإن ما بها من زرع وماشية كرهن نظير الإيجار حتى يستوفي منه حصة السنة المزروعة وما قبلها .

ثالثًا : ما تحت يد الصانع : فإن ما تحت يد الصانع في منزل الصنعة يعتبر رهنًا حتى يستوفي منه أجرته .

رابعًا : الدواب والسفن المكتراة للحمل ، ربها أحق بحمل الدابة والسفينة . حتى يستوفي أجرة دابته أو سفينته ما دام الحمل تحت يدي رب الدابة أو السفينة ويظهر هذا الرهن المقدر جليًا في حالة إفلاس من عليه الأجر من استئجار ، فإن الصانع أحق بما تحت يده . وصاحب الدار والحانوت أحق بما فيهما من أثاث ومتاع . ورب الدابة والسفينة أحق بالحِمل في أجرته

---

(1) ينقضي الرهن في الفقه الإسلامي بانقضاء الدين ، لأنه تابع له ، ولذا لو عاد الدين كما لو كان الوفاء باطلا يعود الرهن كما كان . وينقضي الدين بإبراء الدائن الراهن من دينه فينقضي الرهن كذلك . لكن لا ينقضي الرهن بوفاة الراهن أو المرتهن ، وهو ما جاء في المادة 733 من مجلة الأحكام العدلية و 993 من مرشد الحيران . وقد تناولت أسباب انقضاء الرهن المواد : 1364 – 1371 مدني أردني ، و 1082 – 1085 مدني مصري ، و 1079 – 1086 مشروع المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

دون بقية الغرماء ؛ وما ذاك إلا لأن من ذكر معتبرُ مرتهنًا فهو مقدم على غيره .

لهذا كان الرهن المقدر تشريعًا إسلاميًا دمًا ولحمًا ، وإن كان غير مبوب له في باب مخصوص [1] .

بند [25] الرهن العقاري المودع تحت يد المرتهن

القانون الفرنسي : الرهن العقاري المودع تحت يد المرتهن لاستغلاله : هو عقد به يضع مدين عقارًا تحت يد دائنه حتى يتم دفع جميع الدين مع إباحة الراهن إلى المرتهن استغلاله ، واحتساب الغلة من فوائد الدين ، واحتياطيًا ، واحتسابها من أصل الدين .

هذا الرهن قليل الاستعمال ؛ لأنه يحرم المدين الانتفاع بعقاره ، فيقبل المدين الرهن المعروف في العقار دون هذا .

والشرط الوحيد في هذا الرهن هو وضع العين المرهونة تحت يد المرتهن وعدم تمكين الراهن منها ، ويجب أن يكون العقد تحريريًا مهما كانت قيمة الدين ، أو الرهن أمام مسجل العقود ، أو مكتوبًا عرفيًا ليكون دليلًا عند التنازع ، ويجب تسجيل العقد بسجل حفظ الرهون ، وإلا لا يصح أن يعارض الشخص الثالث به .

نتائج الرهن :

هذا الرهن يمنح الدائن حق الاستغلال ، وحق التمسك بالرهن حتى يتم دفع دينه ، يعني أن للدائن حق الاستغلال واحتساب ما يقبضه سنويًا من الفائدة إن كانت مستحقة ، وإلا فيحسب من رأس المال ، ويصح أن يتفقا علي جعل الغلة في فائدة الدين .

---

(1) يتضح من الأمثلة التي ساقها المؤلف أن مصطلح « الرهن المفهوم » أو « الرهن المقدر » هو ما يناقش في اصطلاحات القوانين المدنية تحت عنوان حقوق الامتياز ، وهي حقوق عينية تبعية تخول للدائن أسبقية على غيره من الدائنين في اقتضاء حقه مراعاة لصفته . وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي لم يحدد حقوق الامتياز كحق عيني تابع في الفقه الإسلامي كما هو الحال في القوانين الحديثة فقد تناول هذا الفقه بعض هذه الحقوق على نحو متناثر ، وإن كان هذا التناول من الوضوح ، بحيث لا يصعب معه استخلاص القواعد العامة المتعلقة بهذه الحقوق . ومن ذلك تقديم دين الزكاة على غيره من الديون في المذهب الشافعي (الأم 13/3) ، وتجهيز الميت ، وتقديم النفقة الضرورية للمفلس ولمن يعول على حقوق الغرماء وقد جاء في المادة 1043 مدني مصري أن لأجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك امتيازا على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز . والموضوع بحاجة إلى دراسة أعمق من وجهة الفقه الإسلامي .

وعلى الدائن المرتهن دفع أموال الحكومة السنوية ، وإصلاح وترميم العقار بما يحفظ كيانه ، إلا إذا كان هناك شرط يخالف ذلك .

وللراهن حق حبس العين المرهونة تحت يده حتى يتم استيفاؤه لدينه . وله معارضة الراهن وغيره من راهن آخر ، أو مشتر متى سجل رهنه أولًا ، وعلى من يريد استيلاءه على الرهن أن يدفع مطلوبه من أصل وفوائد ، وليس له أفضلية على الدائنين الآخرين في ثمن العين المرهونة بل يقاسم غيره في ثمنها ، فقط له حبس العين وعدم تسليمها حتى يستوفي حقه .

ولا يمكن تحقيق الرهن ببيعه إلا بمزاد علني ، ولا يمكن للمحكمة أن تجيز له تملكه إلا بعد تعيينه وتقديره بمعرفة خبير .

حق حبس العين نظير الدين :

حق حبس العين : هو حق ثابت للدائن الذي تحت يده أملاك من مدينه ، وله أن يرفض ردها إليه ، أو إلى من تلقوا عنه ملكيتها حتى يتم استيفاؤه جميع مطلوبه .

ومأخذ هذا الحق ناحيتان : الاتفاق ، والقانون .

فحق الحبس الاتفاقي في رهن المنقول ورهن العقار مع إباحة استغلاله للراهن . وأما حق الحبس القانوني فهو :

أولًا : في حالة الفرز والتخصيص لصالح الشخص الذي يكون ملزمًا بإرجاع المواد التى صنعت إلي صاحبها .

ثانيًا : لصالح الوارث الذي ضم عقارًا إلي الميراث موهوبًا له من المتوفى .

ثالثًا : لصالح البائع الذي باع شيئًا أيًا كان بالنقد أو لأجل في بعض الأحوال .

رابعًا : لصالح المشتري الوفائي متي أراد البائع استعمال حقه في استرجاع المباع .

خامسًا : لصالح مستأجر أخرج من العين المؤجرة تنفيذًا لشرط في العقد بعد بيع العين المؤجرة .

سادسًا : لصالح المستودع عنده الأمانة الذي أنفق لصالح الأمانة .

سابعًا : لصالح واضع اليد على منقول ضائع ، أو مسروق اشتراه في سوق عام ، أو عند تاجر يبيع أمثال هذا المنقول .

ثامنًا : لصالح مالك نُزِعت ملكيته للصالح العام .

نتائج حق حبس العين : للدائن حق حبس العين المسلَّمةِ إليه ضمانًا لحقه حتى يستوفي جميع مطلوبه من أصل وتوابع . وليس له أفضلية السداد قبل بقية الدائنين متي بيع الرهن ، بل يكون بنسبة دينه حتى مع المداين العرفي .

هل حق حبس العين المرهونة حق عيني ؟ قال بذلك بعض العلماء ؛ لأنه حق الحبس حتى يتم الدفع ، ولأنه حق يعارض كل أحد . وقال آخرون : « إنه حق شخصي مستثنى فليس حقًّا عينيًّا » (1) .

بند [26] الرهن العقاري

التشريع الإسلامي : الرهن العقاري كما عرفه المشرعون الوضعيون من أنه عقد به يضع مدين عقارا تحت يد دائنه حتى يتم دفع جميع الدين مع إباحة الراهن إلى المرتهن استغلاله ، واحتساب الغلة من أصل الدين وهذا هو رهن عقاري (2) يجوز شرعًا والذي يباشر قبض الإيجار ، أو جمع الغلة هو المرتهن لا الراهن ، فإن جالت يد الراهن في الرهن بطل الرهن ، وتولاها المرتهن له بإذنه قطعًا للمنازعة في المستقبل (3) .

والشرط في كل رهن هو وضع العين المرهونة عقارًا أو غيره في يد غير يد الراهن : إما في يد أمين أو في يد المرتهن . فإن عاد ليد الراهن أو بقي الرهن فيها بطل الرهن ، ولا يشترط أن يكون العقد مكتوبًا إلا إذا أمر الحاكم بذلك فيجب ؛ لأنه للمصلحة العامة . ومتي ثبت بالبينة الرهن عارض الشخص الثالث . وكل ما

---

(1) انظر : البنود من 2085 إلى 2091 في الباب الثاني ، من الكتاب السابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، جـ 2 ص 155 - 157 .

(2) تناولت المادة 1030 وما بعدها من القانون المدني المصري موضوع الرهن الرسمي الذي يكون الرهن فيه عقارا ، ولا تنتقل الحيازة فيه من يد الراهن إلى المرتهن . وإنما أصبح هذا الرهن ممكنا في العصر الحديث بعد ضبط ملكية العقارات وإنشاء نظام الشهر العقاري ، فأمكن معه غل يد المدين عن التصرف في العقار المرهون ، دون حاجة إلى نقله من حيازة الراهن إلى المرتهن . ولهذا لم يتردد الفقهاء المحدثون في قبول الرهن الرسمي واعتباره متفقا مع القواعد الفقهية العامة . ونص المادة 1030 من القانون المدني المصري هو : « الرهن الرسمي عقد به يكتسب الدائن على عقار مخصص وفاء دينه حقًّا عينيًّا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ملك العقار في أي يد يكون » .

(3) يقول الدردير : « الرهن شيء متمول أي من الأموال كانت عينًا أو عرضًا أو حيوانًا أو عقارًا أو غيرهم كمنفعة أخذ من مالكه توثقا به » الشرح الصغير جـ 3 ص 121 .

يأخذه المرتهن من الرهن يعتبر من الدين ويحسب منه ، ولا يصح أن يأخذ فائدة إطلاقًا ؛ لأن هذا ممنوع شرعًا .

وعلى الدائن المرتهن سداد مطلوب الحكومة واحتسابه من ريع وإيراد الرهن ، وعلى المرتهن إصلاح الرهن واحتسابه على الراهن إلا لشرط بين الطرفين فيعمل به (1) .

والمرتهن أحق بالسداد من ثمن الرهن قبل الدائنين الآخرين ، وإلا فما معنى الرهن ؛ فلا يقاسمه غيره في الثمن حتى يستوفي حقه ، وله حبس العين المرهونة حتى يتم الوفاء .

ويمكن تحقيق الرهن ببيعه بطريق المزاد العام كما سبق بيانه ، ويجوز للمرتهن الشراء كأي شخص آخر في المزاد العام ، ويباع الرهن إما بالحاكم وإما بالأمين وإما بالمرتهن كما سبق بيانه .

حق حبس العين نظير الدين : هذا الحق خوله المشرع الإسلامي للدائن ، لكن ليس على إطلاقه . وقد ينشأ هذا الحق عن اتفاق بين المتعاقدين ، كما إذا اشترى شيئًا بثمن حالّ ، واشترط البائع إبقاء المبيع حتى يدفع له الثمن .

وللمرتهن حق حبس الرهن عقارًا أو منقولًا حتى يستوفي ماله عند مدينه (2) .

وللصانع حق حبس العين المصنوعة للغير حتى يستوفي أجرة صناعته ، وأما الوارث الموهوبة له من المورث فهو ممنوع في التشريع الإسلامي ؛ لأن القاعدة أنه لا هبة لوارث (3) .

والبائع الذي باع شيئًا بالنقد حالًّا له حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، ولو لم

---

(1) يقول ابن رشد : « فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن فشرطان : أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض . والثاني مختلف في اشتراطه . فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن » بداية المجتهد جـ 2 ص 274 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 122 وما بعدها .

(2) جاء في بداية المجتهد (275/2) قوله : « أما حق المرتهن في الرهن ، فهو أن يمسكه حتي يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن ، وينصفه منه .

(3) القاعدة التي يحتمل أن المؤلف يشير إليها هي نص حديث عن الرسول ﷺ ، وهو ما روي من قوله : « لا وصية لوارث » . أما الهبة للوارث حال حياة المورث وقبضها منه آنئذ فلا يحكم الفقهاء بحرمتها ، وما نصوا عليه هو كراهة تفضيل بعض الأولاد في العطية .

يشترط الحبس . وأما البائع بثمن مؤجل فليس له حبس العين نظير الثمن ؛ لأن قبوله التأجيل كأنه شرط بتسليم العين المباعة ، ولو لم يستلم الثمن ؛ لأن البيع تم على تأجيله . وأما البيع الوفائي فقد تقدم أنه ممنوع إذا كان ذلك في العقد ، فإن كان تبرعًا من المشتري بعد العقد فقد سبق النص على جوازه ، فإذا كان هذا فللمشتري الحق في حبس العين حتى يدفع الثمن والمصاريف تامة .

وأما بيع العين المؤجرة ، فلا يجوز إلا برضى المستأجر أو قبوله ، وإلا فالبيع صحيح وتبقى العين تحت يد المستأجر حتى تتم مدته . فإن كان المستأجر قد قبل في عقد الإيجار أن للمالك حق بيع العين المؤجرة مدة الإيجار بشرط تعويضه عن المدة الباقية له في الإيجار صح هذا الشرط وعمل به ؛ لأنه في نظير خسارة ستعود عليه من عدم استيفاء مدة إيجارته .

وأما المستودَع الذي أنفق على الوديعة فقد سبق أنه إذا كان الإنفاق ضروريًا لحياة أو وجود الوديعة فهو في رقبة الوديعة أولًا ، كالإنفاق على زرع أو شجر لولا هذا الإنفاق لما وجد أو لما أثمر مثلًا فللمنفق حق حبس العين المرهونة حتى يستوفي ما أنفقه [1] . وإن كانت النفقة للحفظ مثلًا فهي في ذمة الراهن ، ولا يحبس الرهن في هذه النفقة ، وقد سبق تفصيل ذلك في نفقة الرهن [2] .

وأما واضع اليد على منقول ضائع أو مسروق فليس له حق الحبس في المسروق ؛ لأنه لا يلزم رب هذا المسروق دفع شيء له إطلاقًا ، وليرجع واضع اليد على المسروق على من باع إليه ، أو هي مصيبة نزلت به لعدم احتياطه وتبصره فيما يشتريه .

وفي الضائع يدفع ما تكلفه من يوم وجوده تحت يده إلى يوم استرداده ، ولو استغرقت ثمنه فيباع في نفقته متى لم يفتكه صاحبه بدفع نفقته .

(1) جاء في المدونة في باب « في نفقة الراهن على الرهن هل تكون رهنا مع الرهن ، وفيمن أنفق على الرهن » قلت : – أرأيت ما أنفق المرتهن على الرهن بإذن الراهن ، أو بغير إذنه أتكون تلك النفقة في الرهن في قول مالك أم لا ؟ قال : قال مالك : النفقة على الراهن . قال ابن القاسم : فإن كان أنفق المرتهن بأمر الراهن فإنما هو سلف » المدونة (161/4) .

(2) يقول ابن عبد البر : « وما أنفق المودع على الوديعة فعلى ربها سواء أذن له أو لم يأذن له إذا احتاجت إلى ذلك » . الكافي ص 404 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 312 .

وأما نزع أملاك الناس للصالح العام فهو جائز بشرط تعويض المالك عما أخذ منه بشرط ملاءمة الثمن للمتعارف ، ومقتضى هذا أن المالك له التمسك بملكه حتى يعوض عنه .

نتائج حق حبس العين : متى سلمت العين المرهونة ضمانًا لسداد حق الدائن فلا يسلمها حتى يستوفي حقه من ثمنها عند عدم السداد من المدين ، وله أفضلية السداد على غيره من بقية الدائنين ، متى بيع الرهن ؛ لأنه دائن مرتهن ، والدائن المرتهن مقدم على غيره في ثمن رهنه .

وحق حبس العين المرهونة حق عيني للراهن على نفس الرهن ما دام تحت يده ، فهو حبس للعين المرهونة حتى يتم الدفع ، وهو حق شخصي يعارض به كل أحد [1] .

---

(1) جاء في المادة 1110 مدني مصري ما يلي : « 1 - يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون . 2 - وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة » ، وهو ما تناولته المادة 1111 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة والمادة 1342 عراقي والمادة 1043 كويتي والمادة 1400 أردني . ويتفق ذلك مع ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي طبقًا لما جاء في المادتين 718 و 729 من مجلة الأحكام العدلية والمادتين 964 ، 965 من مرشد الحيران . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 445 .

بند [27]

الكتاب الثالث

الامتياز والرهن

القانون الفرنسي : معلوم أن أملاك المدين ضمان عام لما عليه من الديون ، وأنه متى بيعت اشترك في ثمنها كل الدائنين بلا تمييز بسبب ديونهم . غير أنه يفضل بعض الدائنين على غيرهم ، وذلك إذا كان أحدهم له الامتياز ، أو الرهن فهو مقدم على غيره في إتمام سداد دينه .

وحق الامتياز هو : صفة دين تعطي للدائن حق أفضلية تقديمه على غيره حتى الراهنين ، والرهن حق عيني على عقار مخصص للوفاء بالتزامات محدودة .

ويتفق حق الامتياز والرهن في ثلاث صفات :

أولًا : أنهما حقان عينيان ، بمعنى أنهما يفيدان صاحبهما حق الأفضلية ، وحق متابعة العين المرهونة أين ذهبت حتى يتم دفع الدين ، وهاتان الصفتان من أخص صفات الحقوق العينية .

ثانيًا : أن حق الامتياز والرهن حقان تبعيان لا يقومان بأنفسهما كالملكية مثلًا ، ولكنهما تابعان لعقد الدين ضامنان لنفاذه ويترتب على ذلك :

1 - متى كان العقد المضمون بالرهن أو حق الامتياز وقع باطلًا ، فلا ينتج الرهن ولا حق الامتياز أية فائدة مطلقًا .

2 - الرهن وحق الامتياز يتبعان نفس الدين المضمون بهما فينقلان إلى المتنازل له عن الدين أو من حل محله تبعًا للدين .

ثالثًا : هذان الحقان غير قابلين للتقسيم ، بمعنى أنه ما بقي جزء من الدين بقي الرهن كله ، وما بقي الرهن كله شمل أجزاء العين المرهونة .

ويختلف الرهن وحق الامتياز في النقط الآتية :

أولًا : في المأخذ ؛ فإن حق الامتياز مأخوذ من طبيعة الدين ، وقد نص عليه القانون فقط . وأما الرهن فيكون مصدره القانون والاتفاق والقضاء . ومع هذا فقد يوجد رهن بالاتفاق ، وفيه حق الامتياز كرهن المنقول .

ثانيًا : حق الامتياز يكون في العقار المنقول ، والرهن لا يكون إلا في العقار .

ثالثًا : الترتيب في الرهن يكون بتاريخ التسجيل فما تسجل أولًا له الأفضلية ، ولكن التفضيل في حق الامتياز لا علاقة له بالتسجيل ، إنما يتعلق بطبيعة الحق نفسه المفضل بنص القانون .

رابعًا : حق الامتياز مقدم على الرهن ، بمعنى أنه إذا اجتمع حق امتياز ورهن قُدِّمَ حق الامتياز على الرهن .

أهمية الرهن عظيمة جدًّا في جميع البلدان حيث إنها محط ثقة أرباب الأموال ، والسبب القوي الذي يمكن المالك من أخذ قرض على أملاكه .

حق الامتياز :

يوجد ثلاثة حقوق امتياز : الأول : حق الامتياز العام على عقار ومنقول المدين .

الثاني : حق الامتياز الخاص على بعض المنقول .

الثالث : حق الامتياز على بعض العقار .

حق الامتياز العام على عقار ومنقول المدين : ينطبق هذا الامتياز على أملاك المدين عقارًا ومنقولًا حاضرًا ومستقبلًا ، ومع ذلك لا يطبق على العقار إلا إذا كان المنقول لا يكفي لسداد الدين .

ترتيب حق الامتياز العام : حق الامتياز نوعان : **الأول** : مرتب بالقانون المدني .

والثاني : مرتب بقوانين خاصة :

أولًا : حقوق امتياز مرتبة بالقانون المدني :

(أ) مصاريف القضاء : وهي ما أنفقت لحفظ حق ، أو لتحقيقه ، وإثباته ، ويحمل هذا الامتياز على العين التي من أجلها أنفقت هذه المصاريف منقولًا أو عقارًا ، ولا يتعدى لغيره من أعيان أملاك المدين إلا إذا كانت القضية عامة ، كالإفلاس ، أو تصفية الأملاك القضائية ، فيكون حق الامتياز على جميع أملاك المدين .

(ب) مصاريف الوفاة : التجهيز ، والحمل ، والدفن ، والاحتفال الديني ، لا مشتري المدفن ، ولا ما يقام عليه من تركيبة ، ولا ثياب الحداد للزوجة ، ولا للأطفال والخدم . وتشمل مصاريف الوفاة كذلك مصاريف وفاة من كان محسوبًا عليه حال حياته كولده ، فيكون فيها حق امتياز أيضًا مثل صاحب التركة .

(ج) مصاريف آخر مرض : وتشمل أجور الأطباء ، وثمن الأدوية والممرضين ، وهذا خاص بنفس المريض ، لا بمن كان في عائلته كمصاريف الوفاة من زوجته وولده .

(د) أجرة المرضع : وتشمل من ترضع ومن تحفظ الولد خارج سكن أقاربه .

(هـ) أجرة الخدم : وهو كل شخص يقدم خدمة نظير أجر مدة محددة ، وهم الأشخاص المرتبطون بخدمة المنزل ، أو محل إنتاج حقلي ، أو محل إنتاج تجاري ، ولا يدخل فيهم من يعمل بالمياومة [1] كالشغالة ، أو مستخدمي المحلات التجارية ، أو الصيارف أو السكرتيريين ، وقد سوى قانون سنة 1919 بين جميع الطبقات التي تتقاضى أجرًا .

ولا يمكن استعمال حق الامتياز إلا عن سنة مضت ، والسنة الحاضرة باحتساب تاريخ ابتداء الخدمة .

(و) مورد المعاش : وهو كل ما يحتاجه الإنسان للحياة من أكل ، وتدفئة ، ونور وثياب ، وهذا الامتياز يطبق على الشخص وعلى عائلته من قرابة ، ونسب ، وخدم ممن يكونون معه في معيشة واحدة ، وهو يطبق أيضًا على دين الستة أشهر الأخيرة للتجار الذين يوردون بالقطاعي كالعياش والجزار إلخ ، وعلى دين آخر سنة في تجارته .

(ز) تعويض إصابات العمال : منح القانون حق امتياز للعمال الذين يصابون أثناء العمل وذلك في أجر أطبائهم وثمن أدويتهم ومصاريف دفنهم ، ومعاش من أصيب بعاهة .

وهذا حق امتياز مرتب بقوانين خاصة ، وذلك كالامتياز الخاص بمطلوب بيت مال الحكومة وهو :

1 - استيفاء الأموال المقررة من الضريبة المباشرة ، وذلك على كل أموال الممول المنقولة لا على العقار .

2 - استيفاء الأموال المقررة من الضريبة غير المباشرة .

3 - استيفاء الدمغة والجمرك .

4 - الدفع المطلوب للمحاسبين .

امتياز خاص بالأعمال التجارية : القانون التجاري أعطى حق الامتياز إلى :

(1) العمال المعينين مباشرة من المدين في الثلاثة الأشهر السابقة على الإفلاس ، أو التصفية القضائية .

---

(1) ياومْتُ الرجل مُيَاومةً ويوام أي عاملته أو استأجرته اليوم . لسان العرب مادة (يوم) 4975/6 .

(2) وإلى موظفي المحل التجاري والكومسينير [1] في مدى ستة أشهر فيما يختص بحصتهم في الخدمة التي أدوها ، وقد عمم ذلك قانون 1919 في كل من يتعاطى أجرًا تبعًا لأعمال التجارة قبل الإفلاس ، أو التصفية ، أو التوقف بستة أشهر [2] .

بند [28] حق الامتياز والرهن

التشريع الإسلامي : حق الامتياز أن يتعدد الدائنون ولا رهن عند أحدهم ، فيعطي المشرع حق امتياز التقديم لأحدهم حتى يسدد دينه أولًا ، وحق الرهن أن يكون الدائن قد أخذ رهنًا توثقًا من مدينه ، فالمرتهن أحق بالسداد من ثمن الرهن قبل الدائنين ، حتى قيل : إن الرهن قبل حيازته بمعرفة المرتهن يحاصص في ثمنه الدائنين ومنهم المرتهن ، ويباع لتجهيز الميت وبعد حوزه اختص به المرتهن فلا يباع لتجهيز المدين المتوفى ؛ لأنه تعلق به حق المدين فهو أولى به .

ولهذا كانت أملاك المدين ضمانًا مشاعًا للدائنين متى كانت غير مرهونة ، فإن كانت رهنًا ، فلا تدخل في ضمان الدائنين إلا فيما بقي بعد سداد دين الراهن . ويتفق الرهن وحق الامتياز في إفادة صاحبهما حق الأفضلية ، وحق إمساك العين حتى يتم الدفع [3] .

والرهن وحق الامتياز حقوق تبعية للمدين المرتهن فيه والمعطى فيه حق الامتياز ، فإذا بطل الدين بطل الرهن وحق الامتياز .

والرهن لا ينقل تبعًا للدين إلا إذا قبل الراهن [4] . أما الامتياز فهو لطبيعة الدين ، ولا علاقة له بالدائن ولا بالمدين . والرهن وحق الامتياز كل لا يتجزأ فمتى بقي شيء من الدين ولو قليلًا بقي الرهن ، وحق الامتياز كله حتى يتم الوفاء . وحق الامتياز مأخوذ من طبيعة الدين بلا علاقة للمدين ولا للدائن ، وإنما لوحظ فيه معنى خاص فقدمه المشرع على غيره من الديون ، فلا دخل للطرفين فيه . وأما الرهن فمصدره الاتفاق كما سبقت الإشارة إليه في الرهن .

وحق الامتياز يكون في المنقول ؛ كمن أنفق على لقطة وجدها حتى عرفها ربها ، فالنفقة

---

(1) الكومسينير Commissionnaire كلمة فرنسية بمعنى عميل ، وسيط ، سمسار . انظر : قاموس المنهل ص 272 للدكتور سهيل إدريس .

(2) انظر : البنود من 2092 إلى 2099 في البابين الأول والثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 157 – 159 .

(3) يقول الدردير : « الرهن متمول أخذ توثقا به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم » . الشرح الصغير جـ 3 ص 121 . وقد تقدمت الإشارة إلى مفهوم حقوق الامتياز في القوانين المدنية العربية وموقف الفقه الإسلامي من هذه الحقوق .

(4) قاعدة : الرهن لاينقل تبعًا للدين إلا إذا قبل الراهن .

في رقبة اللقطة ؛ فإن شاء ربها تركها تباع في نفقتها وإن شاء افتداها ، ويكون في العقار كأجير في الزرع فحقه مقدم على غيره ، والرهن يكون في العقار والمنقول ، كما سبق بيان ذلك .

وحق الامتياز مقدم على الرهن متى اجتمعا . ولا شك أن التوثق بالرهن أقوى ضمان لأصحاب الحقوق خصوصًا العقار الذي لا يسرع إليه التغير والتقلب في الأسعار بسرعة .

حق الامتياز :

مال المدين من عقار ومنقول ضامن لسداد دينه وللوفاء بالتزاماته ، وهو كل ما دخل في مالية المدين ، ويباع منقول المدين أولًا للوفاء بالتزامه ، فإن وفى فبها وإلا بيع عقاره .

وحق الامتياز مرتب على طبيعة الدين ، ولكن بعض الديون مقدم على بعض وذلك :

أولًا : مصاريف القضاء ، وهي ما أنفقت لحفظ حق أو لتحقيقه وإثباته ، وهذه الحقوق مترتبة على العين المتنازع فيها ، فتخرج مصاريف القضاء أولا من ثمنها ؛ فلو ترافع دائن باسم مدينه ، وحكم له بها فتدخل في تركة المدين المفلس فتقسم بين الغرماء ، ولكن مصاريف القضاء تخرج أولًا لمن أنفقها ؛ لأنه لولا هذه النفقة لما خلصت هذه العين إلى الدائنين ، ومتى أمر ولي الأمر بإخراج هذه الرسوم أولًا فهي مقدمة على الديون الأخرى ، وهذا كأجرة دلال ، وكاتب ، وعامل لبيع مال المفلس فتخرج أولًا قبل قسمة ما نَضَّ [1] من الثمن على نسبة الديون [2] .

ولو كانت هذه الديون مستحَقَّةً لبيت المال قدمت أولًا ، متى كانت بحق تقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فإذا كانت الملكية الخاصة تنتزع للصالح العام فمن باب أولى يقدم حق بيت المال على الدين العادي .

ثانيًا : يخرج من التركة أولا مبدًّأ على غيره وجوبًا ولو أتى على جميعها حق تعلق بعين كالمرهون في دين لتعلق حق المرتهن بذاته فيقدم على كفن الميت ونحوه . ولو كان المرهون كفن الميت الذي ليس له غيره ؛ وذلك لأن الميت يكفن من بيت المال (خزانة الدولة) إن لم يكن له كفن . وأما الدين فهو حق الدائن وهو مقدم على ما فيه بدل ككفن

(1) نضَّ إليه من معروفه شيء ينضُّ نضًّا ونضيا : سال ، ونضت العروض والأمتعة بمعنى تحولت إلى نقود ببيعها وأخذ ثمنها . انظر : لسان العرب (نضض) 4455/6 .

(2) يقول الدردير : « يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون بها في دين ، فيقدم وجوبا لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز » . الشرح الصغير جـ 4 ص 197 .

المتوفى ، ومعلوم أن قضاء الدين يكون من التركة ، وحيث لا تركة فلا يقضى من الورثة .

ثالثًا : مصاريف الوفاة من كفن . وغسل ، وحمل ، وحفر ، وغيرها بالمعروف بما يناسب حاله من فقر وغنى ، ومن أسرف في ذلك فهو ضامن . وليس في التشريع الإسلامي احتفال ديني للميت ، ولا مشتري تركيبة ، ولا ثياب حداد .

رابعًا : ديون الآدميين ، وتشمل مصاريف آخر مرض ، وأجرة المرضع ، وأجرة الخدم المنزلي ، ومستخدمي المحلات التجارية ، ومورد المعاش ، وتعويضات إصابات العمل إلخ (1) .

خامسًا : وإن أنفق الملتقط على اللقطة من عنده خير ربها إذا جاء بين فكها بالنفقة ؛ لأنه قام عنه بواجب ، أو إسلامها لملتقطها في نظيرها ، فإن أسلمها ثم أراد أخذها لم يكن له ذلك .

وإن أنفق المرتهن على الرهن وصرح بأنه رهن فيها أو قال له : نفقتك في الرهن ، أو أنفق على شجر أو زرع خيف عليه التلف بعدم الإنفاق وأبى الراهن ، ولم يأذن للمرتهن فيه حيث انقطع الماء فاحتيج لإجرائه أو لإصلاح بئر بدئ من الثمر ، أو الحب بالنفقة التي صرفها على الدين الذي رهن فيه الشجر أو الزرع (2) .

سادسًا : أجرة الراعي لا يكون أحق بما يرعاه من أجرة رعيه إذا أفلس رب الماشية ، أو مات قبل دفع الأجرة ، بل يحاصص الغرماء متى كانت تبيت عند ربها غالبًا .

فإن باتت عند الراعي دائمًا أو غالبًا فإنه يختص بها في أجرته .

وأجير الحراسة وصانع سلعة بحانوت ربها أو بيته لا يكون كلٌّ أحق مما بيده مما استؤجر عليه في فلس أو موت بل يحاصص .

فلو استولى الصانع على السلعة بحيث صار بصنعها في محله ، فهو أحق بها من الغرماء في أجرته إذا أفلس ربها (3) .

---

(1) جاء في الشرح الصغير « والحقوق المتعلقة بالتركة خمسة باستقراء الفقهاء يبدأ من تركة الميت من رأس المال ، ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين كمرهون في دين ، فيقدم وجوبًا لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز ، فمؤن تجهيزه من كفن ، وغسل ، وحمل ، بالمعروف بما يناسب حاله من فقر ، وغنى ، فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا ، فوصاياه ثم الباقي لوارثه . الشرح الصغير (193/4 ومابعدها) . (2) المدونة (161/4) .

(3) يقول الدردير عن ما يخرج من التركة .. « فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا : أي دينه الذي عليه لأدمي » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . وقد تضمنت المادة 1130 مدني مصري تعريف حقوق الامتياز فيما سبقت الإشارة إليه ، كما تضمنت المواد 1131 – 1137 خصائص هذه الحقوق وطبيعتها ، وبينت المواد 137 – 1149 أنواع حقوق الامتياز ومراتبها . وهو ما تناولته المواد 1424 – 1447 مدني أردني ، والمواد 1367 – 1380 عراقي .

بند [29] الامتياز الخاص على المنقول

القانون الفرنسي :

حق الامتياز للمؤجر : للمؤجر حق الامتياز لضمان سداد إيجار المنزل ، أو قيمة إيجار العزبة على ما يوجد بالعين المؤجرة من فراش وآلات .

هذا الامتياز مبني على فكرة الرهن الملحوظة المفهومة ، فإن المقدر أن المستأجر أعطى ضمانًا لسداد الإيجار بما يوجده في العين المؤجرة من المنقول ، وأن المؤجر ما قبل أن يؤجر إلا على أساس وجود شيء يضمن له استيفاء قيمة الإيجار ، وهو المنقول المذكور .

ويتعلق امتياز المؤجر بشكل عام بكل شخص أعطى غيره إيجار منزل للسكنى ، أو عقارًا حقليًا ، بل ويعطى هذا الحق أيضًا إلى المنتفع الذي آجر لغيره ، وكذا لمن آجر من بطنه .

ومحل الامتياز كل ما هو موجود بالمنزل المؤجر ، وهو كل ما حمله معه المستأجر لسكناه ، أو لمباشرة مهنته أو لاستغلال تجارته أو صناعته ، ولا يشمل الامتياز النقدية ولا الأسهم المالية ولا المصاغ الشخصي والأحجار الكريمة .

وفي إيجار الأطيان يشمل الموبليا المفروشة في منزل الأطيان ، وثمارَ زرع السنة ، والماشية ، وآلات الزراعة . فإن كانت الموبليا المفروش بها المحل المؤجر ملكًا لمؤجر المؤجر جاز للمالك الحجز عليها ، وبيعها بقدر ما على مؤجر المستأجر فقط من الدين للمستأجر الأصلي .

فإن كانت الموبليا ملك الغير جاز للمؤجر بيعها متى كان حسن النية ، بمعنى أنه لا يعلم أنها ملك للغير ومفروض فيه حسن النية ومن يدعي غير ذلك مكلف بالإثبات .

الدين المضمون : يشمل إيجار المنزل ، والأطيان ، والإصلاحات اللازمة المحلية ، والتعويض اللازم إذا ارتكب المؤجر ما نتج عنه ضرر .

وفي حالة الإفلاس ، أو التوقف عن الدفع ، أو التصفية يسري عقد الإيجار الثَّابت التاريخ على مدة الإيجار جميعها السابقة واللاحقة فيحل الدين اللاحق لحصول واحد من الأسباب المذكورة ، فإن كان عقد الإيجار غيرَ ثابت التاريخ ، فإن حق امتياز المؤجر يسري على إيجار السنة السارية وسنة أخرى مستقبلة فقط . وأما الماضي فلا كلام فيه لثبوت امتيازه فيه . ومتى دفع الأجر حسب هذا التفصيل فللدائنين الحق في إيجار المحلات المذكورة حتى نهاية المدة . وقد تعدل هذا القانون سنة 1872 وسنة 1889 .

طريقة حفظ الامتياز : لحفظ امتياز المؤجر على منقولات المستأجر التي بالعين المؤجرة يلزم بقاؤها بالعين المذكورة كشرط لهذا الامتياز . لذلك أباح القانون اتخاذ طريقين لذلك :

الأول – الحجز الامتيازي : وهو ما يوقعه المؤجر على ما يوجد بالعين المؤجرة من منقول ضمانًا لاستيفاء الإيجار خوفًا من نقله خفية بدون دفع المطلوب الذي حل دفعه .

الثاني : الحجز الاستردادي : وهو الحجز على الأعيان المنقولة خفية من العين المؤجرة الموجودة تحت يد الغير لاستردادها ، كرهن لدفع الإيجار حتى بين يدي حسن النية ، وذلك في مدة خمسة عشر يومًا في إيجار المنزل ، وأربعين يومًا في إيجار الحقول (1) .

بند [30] الامتياز الخاص على المنقول

التشريع الإسلامي : المؤجر الذي يؤجر ملكه يعتمد على وفاء المستأجر بالأجر أولًا ، وثانيًا على ما يكون بالعين المؤجرة من متاع ، فإن وفى المستأجر بما اتفق عليه فلا شأن للمالك معه . وإن لم يف بالأجر فهل ما يوجد بالعين المؤجرة يعتبر رهنًا ملحوظًا وقت الإيجار فرب البيت وصاحب الملك أحق به من غيره من الدائنين أو لا حق له في ذلك ، ويعتبر دائنًا بما استحق من أجر ؟ خلاف في مذهب الإمام ، والذي جرى عليه العمل بفاس بالمغرب (2) اعتبار ما يوجد في العين المؤجرة من أثاث ومتاع وآلة رهنًا في الإيجار ملحوظًا بين الطرفين ، فيختص به المالك دون غيره من بقية الدائنين أوّلاً حتى يستوفي أجره (3) .

---

(1) انظر : البنود من 2100 إلى 2102 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجز الثاني ص 159 – 162 .

(2) المغرب ، أو المملكة المغربية ، أو مراكش : هي أقصى مجموعة دول العالم العربي غربا ، تحتل جغرافيا الركن الشمالي الغربي من القارة الأفريقية وتنفرد بسواحلها التي تطل على البحر الأبيض والمحيط الأطلسي ، وتقدر المساحة الإجمالية للمغرب بنحو 71 ألف م . م ، وعاصمتها الرباط ونظام الحكم فيها ملكي دستوري . الموسوعة السياسية لأحمد عطية الله ص 1491 – 1494 .

(3) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 1143 مدني مصري من النص على أن لأجرة الأرض الزراعية والمباني امتيازا على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من آلات وأدوات ومحاصيل ، وهو الذي جرى عليه العمل الفاسيّ بالمغرب ، طبقا لما ذكره المؤلف . ويستند ذلك إلى قاعدة ضمان أموال المدين كلها لديونه ، وأنها مرهونة فيها حتى لا يصح للمدين أن يتصرف فيها تصرفا ضارا بغرمائه . وتستند هذه القاعدة كذلك إلى العرف وعمل أهل فاس طبقا لما أشار إليه المؤلف في ملاحظة صائبة . وقد حاولت العثور على هذه القاعدة في المعيار المعرب للونشريسي فلم أجدها . ولعلها خفيت عليّ .

وهذا الامتياز حق لكل من يملك الانتفاع وحقَّ المنفعة متى أبيح له الإيجار . ويشمل الامتياز كل ما يوجد بالعين المؤجرة مما كان مخصصًا للاستعمال فيها .

ورب الأرض مقدم بكرائها في زرعها حتى تستوي حصة السنة المزروعة ، وما قبلها وكذا ما بعدها إن لم يأخذ أرضه (في المفلس) .

ومستأجر المستأجر مسئول أيضًا فيما أودع من أثاث وزرع قِبَل المالك بقدر ما عليه للمستأجر من الدين المضمون ، وله حق الامتياز وهو قيمة الإيجار فقط .

ومن استأجر هذه الدابة ، أو هذه الدار شهرًا بعشرة دنانير مؤجلة لسنة ، ثم أفلس أو مات قبل استيفاء منفعة الدار أو الدابة ، فتحل تلك الدنانير بتمامها بمجرد موته أو فَلِسَه ، وهو ظاهر المدونة .

ومقابل هذا قول ابن رشد : أنه لا يحل بالموت والفلس بل يحاصص المكري بأجرة المدة المستأجرة بتمامها ، ولكن لا يأخذ إلا أجرة البعض المستوفى ويوقف مقابل مالم يستوف ، فكل ما استوفى شيءٌ من المنفعة أي استوفاه الغرماء أخذ المكري ما ينوبه مما وقف .

ومحل وقف المقابل ما لم يستوف إذا لم يفسخ الكراء فيما بقي من المدة؛ لأنه يخير في الفسخ وعدمه في الفلس ، وللمكري أخذ عين شيئه في الفلس ، ويحاصص بالأجرة إن كانت استوفيت المنفعة ، وإلا فبقدر ما استوفى منها وهو مخبر في الفسخ والإبقاء . ولصاحب حق الامتياز على ما يوجد بالعين المؤجرة من منقول ، أو زرع التقاضي لحفظ حقه على هذه الأشياء إن اعتدى عليه أحد ، أو نقلها المستأجر بشرط قرب المدة ، ومتى أثبت المؤجر ذلك حكم القاضي بأحقيته بثمن هذه الأشياء حتى يستوفي دينه [1] .

بند [31] ضمان بائع المنقول

القانون الفرنسي : لبائع المنقول أربع طرق لضمان دفع ثمن المبيع :

(1) حق حبس العين المبيعة . (2) حق الفسخ .

(3) حق الامتياز . (4) دعوى الاسترداد .

حق الامتياز : سبب هذا الامتياز أن البائع هو الذي وضع المنقول في ملك المشتري ، فهو أحق به من غيره ، وهذا الامتياز خاص ببائع المنقول سواء أكان جسمانيًا ، أم غير

(1) راجع : بداية المجتهد جـ 2 ص 228 ، 229 ، 230 .

جسماني ، كدين أو محل تجارة ، والدين المضمون هو الثمن وما يتبعه .

ويتلاشى حق الامتياز بعدة أشياء :

(1) بضياع الشيء المبيع . (2) ببيع الشيء المبيع .

(3) بانتقال الشيء المبيع من منقول إلى عقار كأدوات البناء بعد البناء .

(4) بإفلاس المشتري .

حق استرداد المنقول : للبائع الحق في استرداد الشيء المبيع من بين أيدي المشتري بشروط أربعة :

(1) أن يكون بيعًا باتًّا بدون أجل .

(2) أن يكون المبيع لا زال في يد المشتري .

(3) أن يكون المبيع في حالته التي بِيعَ عليها وقت البيع .

(4) ألا يكون مضى على البيع أزيد من ثمانية أيام .

امتيازات أخرى على المنقول :

أولًا : حق الامتياز لنفقة البذر والزرع . وهو مبني على أن الدائن قد أدخل في ملك المدين أشياء لها قيمتها ، فهو أحق بها من غيره . ويُحْمَل هذا الامتياز على محصول السنة التي تم فيها الصرف ، ويتعلق بنفقة الزرع وجمع المحصول .

فإن تعارض حقُّ امتياز المؤجر وحقُّ امتياز نفقة البذر والزرع ، قدم امتياز النفقة

ثانيًا : حق امتياز آلات الزراعة ، وعلته كالسابق . ويشمل ثمن الآلات وأجر تصليحها ، ويحمل الامتياز على أثمان بيعها ويقدم هذا الامتياز على امتياز المؤجر .

ثالثًا : حق امتياز ما أنفق على شيء لحفظه . ويشمل النفقة اللازمة لحفظه ، لا لتحسينه بحيث كان يترتب على عدمها فقده ، أو تلفه ، ويكون الامتياز على الثمن .

رابعًا : حق امتياز صاحب النُّزُل (اللوكاندة) وذلك نظير أجرة المبيت ، وثمن ما قدم من أكل ، وهو خاص بصاحب (اللوكاندة ، فندق ، منزل) ، وهو على ما حمل المسافر معه من شنط ، بل وعربة وخيل أيضًا .

خامسًا : امتياز بتعهد النقل : ويحمل على أجرة نقل البضائع ، وما صرف

عليها من جمرك وبلديات وخلافه ، ويكون على البضائع المنقولة بالفعل .

سادسًا : حق امتياز الإسراف والخيانة الذي يقع من الموظفين . ويشترط لهذا الامتياز شرطان :

الأول : أن يحصل تجاوز في استعمال الحق ، أو خيانة من موظف عمومي ، محضر ، كاتب حسابات . إلخ .

الثاني : أن يكون ما ارتكب في خيانة ، أو سوء استعمال حق كان في نفس ما كُلِّف الموظف بعمله ، أي في مباشرة عمله ، أو أثناء تأدية وظيفته .

ويحمل هذا الامتياز على ما قدم من ضمانات أودِعت بالخزانة العامة ، وما نتج عنها من فوائد .

سابعًا : حق امتياز لضحية الحوادث . وذلك أنه إذا أمن شخص لدى شركة التأمينات ضد الحوادث التي تحصل بشيء كأتوموبيله مثلًا فإنه يتعين على الشركة أن تدفع لمن أصيب ، لا لدائني المؤمن الآخرين لثبوت حق امتياز الضحية في التأمين على الآخرين (1) .

بند [32] ضمان بائع المنقول

التشريع الإسلامي : إن البائع يقصد ببيعه الحصول على ثمن المبيع لقضاء مصالحه (2) ، أو لأن البيع فرصة سمحت بالربح فيه ، فلكل بائع عقارًا أو منقولًا أن يتخذ ما يراه كفيلًا لوصول ثمن المبيع إليه .

فللبائع حق حبس العين المبيعة من عقار ، أو منقول حتى يأخذ الثمن متى كان الثمن حالًّا .

وللبائع أن يشترط الخيار لنفسه مدة معينة له فيها فسخ البيع ونقضه ، متى رأى مصلحة في ذلك ، مع مراعاة شروط الخيار ومدته (3) .

---

(1) انظر : البنود من 2106 إلى 2113 في الفصل الرابع ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 164 - 166 .

(2) تناولت المادة 1145 من القانون المدني المصري امتياز المستحق من الثمن لبائع المنقول على الشيء المبيع . ويأتي هذا الامتياز تاليا لامتياز الأجرة للمباني والأرض الزراعية ولصاحب الفندق . إلا أنه لا يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كانا يعلمان وقت وضع المبيع في الفندق أو في العين المؤجرة أنه مثقل بدين ثمنه . وهذا هو ما نصت عليه المادة 1131 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

(3) يقول ابن رشد : « أما جواز الخيار فعليه الجمهور . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ ، وفيه : « ولك الخيار =

وللبائع اشتراط أن يكون ما باعه رهنًا في ثمنه حتى يتم دفعه إليه . وله اشتراط أن يكون له حق الامتياز في الدفع من ثمنه قَبْلَ الدائنين الآخرين .

وليس له دعوى الاسترداد نظير باقي الثمن ما دام في ملك المشتري ما فيه الوفاء . بل ليس له الاسترداد من الغير نظير الثمن ؛ لأن هذا يهدد كل مشتر يخشى أن يكون لبائعه بقية من الثمن لا يعلمها .

والبيع متى تم انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، وانتقل ضمان الثمن إلى ذمة المشتري ، فلا يتعلق بالعين المبيعة إلا لشرط ، أو إفلاس بشروطه المعروفة في باب الإفلاس .

وأما امتياز البذر والزرع فقد نص الفقهاء على أن رب الأرض مقدم بكرائها في زرعها حتى يستوفي حصة السنة المزروعة وما قبلها ، ثم يليه أجرة أجير الزرع الذي حرث وسقى وعزق ؛ لأنه لولاه ما انتفع بالزرع . وأما ثمن البذر فهو مقدم على الأجير إذ لولاه ما وجد أصل الزرع .

فإن اجتمع حق امتياز المؤجر ، وحق امتياز البذر والزرع قدم امتياز المؤجر ؛ إذ لولا ملكه المؤجر لما وجد زرع ، فحق المالك للعين المؤجرة مقدم عليهما .

ويلحق بأجير الزراعة آلاتها وأجرة إصلاحها ، ولا يقدم على امتياز المؤجر .

وأما ما أنفق على شيء لحفظه ، فهو مقدم على الغير ما دامت النفقة لازمة للحفظ ، وذلك في اللقطة وفي العين المرهونة متى قيل : نفقة الرهن في عينه ، أو اشترط ذلك ، وكذا النفقة على رهن ، كشجر أوزرع خيف عليه التلف بعدم الإنفاق ، كأن انقطع الماء فاحتيج لإجرائه أو إصلاح بئره ، بدئ من الثمر أو الحب بالنفقة التي صرفها على الدين الذي رهن فيه الشجر أو الزرع [1] .

وأما أجر المبيت لصاحب النُّزلُ (اللوكاندة) ، فهو كأجر المنزل المؤجر فالامتياز ، فيما يحمل المسافر من أمتعة حق لصاحب النُّزلِ قبل غيره .

وأما امتياز متعهد النقل كصاحب عربة النقل أو سفينة النقل ، أو السكك

= ثلاثا » وما روي في حديث ابن عمر « البيعان بالخيار مالم يتفرقا إلا بيع الخيار » . بداية المجتهد جـ 2 ص 209 . وقال الدردير : إنما يحصل الخيار بشرط من المتبايعين ولا يكون بالمجلس . وجاز الخيار ، ولو كان لغير المتبايعين . والكلام في إمضاء البيع ، وعدمه لمن جعل له الخيار دون غيره من المتبايعين . الشرح الصغير (50/3) .

(1) المدونة الكبرى (161/4) .

الحديدية ، أو الطرق النهرية ، فهو حق ثابت للناقل ما دامت البضائع المنقولة في حيازته . فإن قبضها ربها قبض تسلم فلا امتياز للناقل ، بل يحاصص أسوة بالغرماء ؛ فالمالك لآلة النقل أحق من غيره حال نزول الأحمال في المنازل ، أو المرافئ ، أو المحطات . فإن نقلت لملك صاحبها فهو أسوة بالغرماء . وما دفع على البضائع المنقولة يكون عليها ؛ لأن الناقل دفعها ليرجع بها كما هو العرف والعادة .

والامتياز يكون على ما نقل من البضائع بأجر النقل لا على ما لم ينقل ، ولا بأجر لم يستحق .

وأما حق امتياز الإسراف والخيانة الذي يقع من الموظفين ، فالجهة التي يعملون بها أحق بما ضمنوه لما ارتكبوا في أعمالهم؛ لأن الضمان المقدم منهم أخذ على سبيل أن كل مسئولية مالية تقع منهم في عملهم ، وبسبب عملهم فهي في الضمان ، والضمان تحت يد الحكومة المضمون لها ، فهي جائزته وهي الأحق به من الدائنين الآخرين ؛ لأنها دائنة مرتهنة بعد الاختلاس .

وأما حق امتياز ضحية الحوادث فالأصل فيه وقوعه باطلًا ؛ لأنه ضمان لحق مجهول نظير أجر ، فلو أنه ضمان لمجهول لأمكن تخريجه على وجه الصحة كأن يقول شخص لآخر : أنا ضامن لما يذوب لك على فلان ، ولم يعرف بعد ما له على فلان ، فقال العلماء في مثل عامل زيدًا وأنا ضامن له إن هذا الضمان صحيح ، وإن لم يعرف قيمة الدين المضمون بعدُ [1] .

وأما التأمين على حوادث الأتوموبيل مثلًا التي يحصل فيها تصادم ، أو إصابة أحد من هذا الأتوموبيل فتكون الشركة ضامنة لما يمكن أن يطالب به صاحب الأتوموبيل نظير أجر معلوم يدفعه المضمون ، أو الشخص المؤمن على حوادث أتوموبيله ، فهو عقد على مجهول نظير أجر تتقاضاه الشركة لأمر مغيب ، فهو العقد المتروك للقضاء والقدر وهو غير جائز .

ولو سلمنا جدلًا جوازه وأصاب شخصًا وألزم بالتعويض فتقدم المصاب ليأخذ أرش إصابته فحجز عليها دائن آخر لصاحب الأتوموبيل ، فلا شك أن المصاب أحق بالتعويض ، فضحية الإصابة أحق بما قبلته الشركة نظير ذلك دون بقية الدائنين [2] .

---

(1) وجاز داين فلانا ، وأنا ضامن . الشرح الصغير (173/3) .

(2) قضية التأمين قضية كبيرة ناقشها عدد كبير من الباحثين المعاصرين ، من بينهم مصطفى الزرقا ومحمد الدسوقي ود.حسين حامد حسان و د . محمد بلتاجي وغيرهم ، ولعل هناك مناسبة أوسع لمراجعة المواقف المختلفة من هذه القضية .

(نتيجة المقارنات من بند 21 إلى نهاية بند 32)

يتفق التشريعان في الآتي :

الضمان بالتضامن ، الضمان الحقيقي ، نتائج الرهن ، حق الدائن المرتهن ، حق تملك منفعة الرهن ، تحقيق الرهن ، الرهن المفهوم (المقدر) ، الرهن العقاري المودع تحت يد المرتهن ، حق حبس العين نظير الدين ، حق الامتياز والرهن ، حق الامتياز (في الجملة) ، الامتياز الخاص على المنقول ، حق الامتياز على المؤجر ، ضمان بائع المنقول ، امتيازات أخرى .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

الرهن (فهو خاص بالمنقول في التشريع الوضعي ، وفي التشريع الإسلامي يشمل العقار والمنقول) ، والاتفاق تام في أحكام الرهن في النوعين إلا في بعض مسائل خاصة .

بند [33] الامتيازات الخاصة على العقار

القانون الفرنسي :

أولًا : حق امتياز بائع العقار : منح القانون بائع العقار ثلاثة أشياء حفظًا لحقه على العقار في ثمنه .

(1) حق حبس العين حتى يستوفي الثمن .

(2) حق فسخ البيع إذا لم يستوف الثمن .

(3) حق الامتياز على ثمن ما باعه متى بيع قبل استيفائه باقي الثمن . ومبنى هذا على أن بائع العقار قد أدخل في مالية مدينه المشتري قيمةً هو أولى بها من غيره .

وهذا الامتياز للبائع الذي تعهد بنقل ملكية المبيع مقابل قبض الثمن ، ويكون أيضًا إلى المبادل الذي تعهد بدفع الفرق لضمان تنفيذ عقد البدل ، وهذا الامتياز يكون بالثمن وما يتبعه .

ويشترط لوجود هذا الامتياز أن يكون مذكورًا بعقد البيع أن الثمن أو بعضه واجب الأداء باقيًا بذمة المشتري . ويحمل هذا الامتياز على ثمن الشيء المبيع فقط .

ثانيًا : امتياز المقاسم : (الشريك في القسمة) وذلك أنه عند تعدد الملاك لشيء واحد أو أشياء متعددة ، وحصول القسمة بينهم فلكلٍّ من الشركاء المقتسمين له حقُّ الامتياز على الأعيان المنقسمة لضمان تنفيذ التزامات القسمة بين الجميع . وهذا حق ثابت لكل قسيم . والدين المضمون الذي له الامتياز هو باقي الثمن ، أو فرق الثمن لقسم أكبر من الآخر . أما دفع الثمن لما لم يقبل القسمة وبيع على شركاء ورسى مزاده على أحد الشركاء ، فيعتبره القانون كالقسمة لا كالبيع ، فتبقى العين المضمونة ضمانًا لحصة كل شريك حتى تُدفع كاملة .

أما تعويض أحد الشركاء المتقاسمين عن الذي فقده باسترداد الغير له ، وقد كان في حصته باعتباره ملكًا لمورث الشركاء وثبت عدم ملكية المورث له ، فيجب عما فقد من حصته . وتكون أقسام الآخرين ضامنة للتعويض المذكور ضمانًا ممتازًا ، ويحمل هذا الامتياز على العقار المشترك المقوم أو المباع لعدم إمكان القسمة .

ثالثًا : امتياز المهندسين والمقاولين : المهندسون والمقاولون لهم حق الامتياز بما زاد

في قيمة العقار الذي باشروه ، ويعطى هذا الامتياز لكل من باشر عملًا في العقار ، وكان له قيمة كمهندس ، ومقاول ، وبنّاء بشرط أن يكون تعاقد مع المالك مباشرة .

ويكون هذا الامتياز في العقار كبنايته ، أو تصليحه ، أو تحسينه ، أو في مجرى الماء ، أو أي عمل آخر متعلقًا بالعقار لا في أعمال الزراعة .

وهذا الامتياز يحمل على ما زاد على قيمة العقار بعد إصلاحه بمعنى أنه يقوم قبل إجراء أي عمل فيه ثم بعد إتمام ما زاد عليه ، وفرق الثمن هو الذي يكون عليه هذا الامتياز .

ولا بد لوجود هذا الامتياز من عملين ، **الأول** : تقدير حالة العقار قبل إجراء أي عمل فيه . **والثاني** : بعد نهاية العمل في مدة لا تزيد على ستة أشهر ، ويكون الخبير معينًا من قبل المحكمة في الحالتين .

رابعًا : امتياز فصل أملاك الوارث الشخصية عن أملاك مورثه : وذلك بأن يكون الوارث مثقلًا بالدين ، وملكه لا يفي بدينه الشخصي ، وتركة المتوفى الموروثة له تدفع كل دينها تامًّا ، فإذا طلب الموصى له ، أو دائن التركة فصل الميراث عن ملك الوارث حتى يستوفيا دينهما كان لهما ذلك ؛ لأنهما لو قبلا خلط المالين للزمهما قبول نسبة معينة مئوية لدينهما كما لدائن نفس الوارث ، فلا يمكنهما استيفاء كل دينهما .

وسبب هذا أن دائني المتوفى وثقوا في مدينهم ، فلا تكون وفاته سببًا في ضرهم . وهذا الحق أعطاه القانون لدائني المتوفى وللموصى لهم ، وذلك فيما تركه المتوفى في كل ما يكون ميراثًا ، ويكون بنسبة ما يخص كل وارث في حقه فقط .

وطبيعة هذا الحق تكون امتيازًا حقيقيًّا ، فيتعلق بالعين الموروثة أيًّا كانت حتى مع الغير ؛ فيصح استردادها لهذا السبب ، أو تكون أفضلية بسيطة تتلاشى متى باع الوارث نصيبه ، وأصبح في يد الغير . خلاف في ذلك ، والرأي الأول أصح .

ترتيب الامتيازات مع بعضها :

تجب مراعات القاعدتين الآتيتين :

أولًا : يرتَّب الدائنون الممتازون في ديونهم حسب صفات امتيازهم لا حسب تاريخ دينهم .

ثانيًا : الدائنون الممتازون الذين في درجة واحدة يقسم الدفع بينهم بنسبة دينهم .

وقد تتعارض الامتيازات حسب صفاتها فحكمها كالآتي :

أولًا – تعارض امتيازين عامين : هذا لا صعوبة فيه فقد فصله القانون في المادة 2101 ، فتتبع القواعد المنصوص عليها فيه .

ثانيًا – تعارض امتيازين أحدهما عام ، والآخر خاص في شأن عقار : يقدم الامتياز العام أولًا (مادة 2105) . فإن تعارضا في شأن منقول ، فتوضع مصاريف القضاء أولًا ، ثم يأتي بعد ذلك الامتيازات الخاصة على المنقول ، ثم الامتيازات العامة المترتبة في المادة 2101 .

ثالثًا – تعارض بين امتيازين خاصين : تجب التفرقة بين الامتياز المبني على إدخال شيء مقوم في مالية المدين ، والامتياز المبني على الضمان الضمني الملحوظ بين الطرفين . فإن تعارض الامتيازان تقدم الامتياز المبني على الضمان الضمني الملحوظ بين الطرفين بشرط أن يكون حسن النية ، ومع ذلك فإن مقدم البذور وآلات الزراعة لهم الأفضلية على المؤجر ، ولو كان سيئ النية .

وإن تعارض حق حافظ الشيء ، وحق الامتياز المبني على الضمان الضمني ، فيقدم أسبقهما تاريخًا ، وإن تعارض حق حفظ الشيء وحق من أدخل هذا الشيء في ملك المدين كالبائع قدم الأسبق تاريخًا . وإن تعارض حقان مبنيان على الضمان الضمني قدم الأقدم فيهما . وإن تعارض امتيازان خاصان على عقار يستعمل الامتياز حسب درجات انتقال العقار ، فيقدم الأول ثم الذي يليه [1] .

بند [34] الامتيازات الخاصة على العقار

التشريع الإسلامي : منح المشرع الإسلامي بائع العقار والمنقول كما سبق :

1 – حق حبس العين حتى يستوفي الثمن متى كان الثمن حالًا ، واشترط ذلك في عقد البيع حتى يستوفي الثمن .

2 – وحق فسخ البيع إذا لم يدفع الثمن متى كان ذلك شرطًا في البيع على خلاف سبق في ذلك (في العقد بشرط) ، كإن لم تأت بالثمن لشهر أو يوم فلا بيع بيننا ، وقد سبق بحثه .

---

(1) انظر : البند 2103 في الفصل الثاني ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 162 – 163 .

3 - وحق الامتياز على ما باعه ، ولم يقبض ثمنه وأفلس المشتري .

فللبائع ومن تلقى عنه حقه من وارث وموهوب له أخذ عين ماله الثابت له ببينة ، أو إقرار المفلس قبل الفلس المحاز عنه في الفلس الواقع بعد البيع ، ونحوه وقبل قبض الثمن ، فيرجع في عين ماله بشروط ثلاثة :

1 - إن لم يَفْدِه غرماء المدين ولو بمالهم .

2 - وأمكن أخذه بعينه .

3 - ولم ينتقل عنه ماله عن وقت البيع .

وهذا الامتياز خاص بالفلس لا بالموت ، ففيه يحاصص بالثمن أسوة بالغرماء ، ولا امتياز للبائع بالثمن ، أو باقيه في ثمن المبيع مالم يشترط ذلك كما سبق .

امتياز المقاسم (الشريك في القسمة) : للشركاء في القسمة امتيازات على العين المقسومة ، سواء في العيب ، أو في الاستحقاق ، أو في طرو [1] دائن ، ولهذا سنسوق المسألة كاملة التفصيل وذلك :

أولًا : إن وجد أحد المتقاسمين في حصته عيبًا زاد على نصفها فله رد القسمة وإبطالها ، وتكون الشركة كما كانت . وله التمسك بالحصة ، ولا يرجع بشيء ؛ لأن خياره يمنع تضرره ، سواء في ذلك العقار والحيوان والعروض [2] .

فإن فات ما بيد صاحبه كهدم ، أو بيع ، أو صدقة ، أو وقف ونحو ذلك رد صاحب السالم لواجد العيب نصف قيمة السالم يوم قبضه ، وما به العيب شركة بينهما .

وإن فات المعيب الذي بيد واجد العيب رد لصاحب السالم من المعيب نصف قيمته يوم قبضه ، وما سلم من العيب والفوات معا بينهما .

وإن كان العيب في الأقل بأن كان دون الثلث كربع ، رجع بنصف المعيب مما

---

(1) طَرأ طُروًّا : أتى من مكان بعيد . لسان العرب ، مادة (طرأ) 2669/4 .

(2) يقول ابن رشد : « أما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدرة ، وأما إذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف على أقوال : الأول : أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ، ويختار المحاصة بداية المجتهد جـ 2 ص 286 . وقد تناولت المادة 1149 من القانون المدني المصري والمادة 1136 مشروع من القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية امتياز المقاسم على العين المقسومة في حالة استحقاق حصة المقاسم لآخرين . وهو ما تناولته المادة 1380 عراقي والمادة 1147 أردني .

بيده ثمنًا فلا يرجع شريكًا ، والمعيب بينهما شركة فصاحب الصحيح يصير شريكًا في المعيب بنسبة ما أخذ منه .

ثانيًا : إن استُحِقَّ نصفٌ أو ثلثٌ من نصيب أحد المتقاسمين خُيِّر المُستَحَقُّ منه بين التمسك بالباقي ، ولا يرجع بشيء وبين رجوعه شريكًا فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق . فإن استحِقَّ ربعُ ما بيد أحدهما فلا خيار له ، والقسمة باقية لا تنقض ، وليس له إلا الرجوع بنصف قيمة ما استحق من يده ، ولا يرجع شريكًا بنصف ما يقابله .

فإن استحق النصف فأكثر فيرجع المستَحَقُّ منه شريكًا في الجميع إن شاء ، وإن شاء أبقى القسمة على حالها فلا يرجع بشيء .

ثالثًا : إن طرأ غريم أو موصى له بشيء معدود على ورثة فقط ، أو على وارث وموصى له بالثلث ، أو طرأ غريم على موصى له بعدد ، وطرو وارث على موصى له بعدد ، وطرو غريم على وارث وموصى له بعدد ، فإن القسمة تنفسخ بشرط أن يكون المقسوم مقومًا كدُورٍ ، أو حيوان ، أو ثياب ، وقد أبى الورثة دفع الدين .

ومتى فسخت فإن الغريم ، والموصى له يعطى حقه ثم يُقسم الباقي .

فإن كان المقسوم ذهبًا ، أو فضة ، أو مثليًّا كقمح مثلًا رجع الطارئ من غريم ، أو موصى له بالعدد على كل من الورثة ، أو الموصى له بالثلث فيما يخصه إن كان قائمًا ، وبمثله إن فات . ومن أعسر منهم فعليه في ذمته إن لم يعلموا بالطارئ . فإن علموا به واقتسموا التركة كانوا متعدين ، فيؤخذ المليء عن المعدم ، والحاضر عن الغائب ، والحي عن الميت .

والمعتمد نقض القسمة مطلقًا ، ولو كان المقسوم عينًا أو مثليًّا علموا ، أم لا .

وإن دفع جميع الورثة للغريم ماله من الدين مضت القسمة ، كبيعهم التركة بلا غبن ، واستوفى الطارئ مما وجد من التركة بيد بعضهم ، لم يهلك ولم يبعه ، ثم تراجعوا فيرجع المأخوذ منه على غيره ، ومن أعسر ممن لم يؤد فعليه غرم حصته في ذمته لمن أدى الطارئ . ولا يؤخذ مليء عن معدم ولا حي عن ميت ، إن لم يعلموا بالطارئ ، فإن علموا أخذ المليء عن المعدم ، والحاضر عن الغائب .

ومن هذا كله يعلم أن امتياز القاسم مكفول في نفس القسمة ، وما ترتب عليها من سلامة أنصبة المتقاسمين . وأما دين فرق القسمة ، أو دفع باقي الثمن فهو دين

في الذمة يحاصص به الغرماء [1] .

امتياز المهندسين والمقاولين : ذكر العلماء أن رب الأرض مقدم بكرائها ، ثم عامل الزرع ، ثم مرتهنه ، ثم قالوا إن مثل الزرع الغرس والبناء يعني في الاختصاص ، وقالوا : إن الصانع أحق بما صنع ما تحت يده متى كان يعمل في بيته حتى يأخذ أجره ، ومعنى هذا أن عامل الغرس والبناء ، كالبستاني وكالبناء ، والمهندس له حق الامتياز على ما عمل ما لم يسلمه لربه [2] ، ومتى سلمه لربه حاصص بدينه كبقية الغرماء ، كالصانع ، فإن سلَّمَ ما تحت يده للمالك ، فلا امتياز له بل يشارك بقية الغرماء ؛ لهذا كان البناء والمهندس بل والمقاول لهم حق الامتياز ما دام المنزل المبني أو العمارة لم يتسلمها ربها ، وإلا حاصصوا كبقية الغرماء . وهذا في الفلس ؛ لأن النص - ومثل الزرع والغرس والبناء - خاص بحالة الفلس . وأما في حالة الموت فلا امتياز لهم بل يكون دينهم على التركة جميعها ، وتخصيص هذا الامتياز بما زاد عن أصل العين المملوكة للمفلس مثلًا تخصيص عادل فلا يظلم الدائنون الآخرون .

امتياز فصل أملاك الوارث الشخصية عن أملاك مورثه :

لا علاقة بين أملاك الوارث وبين التركة ، فإن القاعدة المقررة أنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين [3] . فإذا خلط الوارث أملاكه الشخصية بأملاك المتوفى كان متعديًا ، وليس لدائنيه حق في الاشتراك مطلقًا في تركة المتوفى ، لأن مدينهم وهو الوارث لا يملك في التركة شيئًا قطعًا قبل سداد دين التركة ، ولا يجب على الوارث سداد دين التركة ، إلا بقدر ما خصه في التركة .

فيختص دائنو التركة (دائنو المتوفى) بتركة مدينهم حتى سداد ديونهم ، أو بمقدار ما تسدد من ديونهم ، فإن زاد دينهم عن التركة ، فلا رجوع لهم على الوارث إلا إذا تبرع

(1) يقول ابن رشد : « القسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة : غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق ، وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو عن مذهب ابن القاسم أن يجب في جل نصيبه ، أو في أقله .. راجع تفصيل ذلك كله في بداية المجتهد جـ 2 ص 270 ص 271 .

(2) تناولت المادة 1148 من القانون المدني المصري والمادة 1135 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية امتياز المقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو إصلاحها في حدود ما سببه عملهم من زيادة في قيمة هذه الأبنية . ويوافق ذلك ما جاء في المادة 1379 عراقي والمادة 1081 كويتي .

(3) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الدين .

هو بما يسدد دينهم ، وإن نقص دينهم عن التركة أخذ الوارث ما زاد عن سداد الديون .

وامتياز دائن المتوفى خاص بأعيان التركة متى كانت موجودة ، فإن تصرف فيها الوارث كان متعديًا ، وضمن القيمة يوم التعدي لدائني التركة ، بل ولدائني التركة الحق في منعه من التصرف ، واسترداد أعيان التركة متى كانت قائمة لم تفت .

ترتيب الامتيازات مع بعضها :

الامتيازات في الديون ترجع إلى طبيعة الدين كما سبق لا إلى شخص الدائن ، فمثلًا يقدم كراء الأرض ، ثم أجر عامل الزراعة ، ثم الراهن للزرع وهكذا .

فإن تعدد أصحاب الديون الممتازة في درجة واحدة ، قسم بينهم حسب قدر ديونهم بنسبة مئوية .

فإن تعارض امتيازات عامة قدم الأهم على المهم . مثلًا : مال الحكومة ، ورسم قضية القسمة للمحكمة التي فصلت في دعوى القسمة يتقدم مال الحكومة؛ لأنه تعلق برقبة العين ، ثم مال رسم القسمة ؛ لأنه تعلق بصفة آلت للعين المقسومة ، فهي مقدمة على الرهن من أحد الشركاء لنصيبه ، فيخرج أولًا أجرة القاسم ، والكاتب ، والحاسب إلخ .

فإن تعارض امتياز صانع أدخل بصنعته في مال المالك ما جعل لها قيمة ، كصباغ أو خياط وصاحب امتياز الضمان الملحوظ ، كناقل مثلًا (حمال أو عربجي أو نوتي [1] إلخ) قدم امتياز من أدخل بصنعته في مال المالك ما جعل لها قيمة ، ثم يليه امتياز الحمّال والنوتي مثلًا . وقد يقدم صاحب الامتياز في الرهن الملحوظ ، كمالك حانوت ، أو بيت في أجرة على ما فيهما من متاع منقول على الصانع صاحب الامتياز نظير أجر عمله ؛ لأنه يشترط كون المصنوع لا زال تحت يد صانعه ، حتى يكون له الامتياز .

وإن تعارض حق الحفظ على الضمان الضمني ، فإن كان منصوصًا على أن حق الحفظ يكون في الذات المحفوظة قدم على الضمان الضمني ، كمن أنفق على لقطته حتى جاء صاحبها ليأخذها فعليه دفع النفقة قبل أخذها ، أو تسليم رقبتها لتباع في ذلك . وإن كان لم ينص على تعلق نفقة الحفظ في الذات المحفوظة ، قدم الضمان

---

(1) النُّوتيُّ : الملاح . والنَّواتي الملاحون في البحر ، وهو من كلام أهل الشام . لسان العرب ، مادة (نوت) 4570/6 .

الضمني كمن أنفق على رهن بدون اشتراط كونها في رقبة الرهن ، ولم تكن النفقة لازمة ، فإن النفقة تكون في ذمة الراهن لا في العين المرهونة . ولمعرفة من تقدم من أصحاب الامتياز يجب الرجوع لنفس الامتيازات ، وبه يعرف قيمة هذا الامتياز .

بند [35] الرهن العقاري

القانون الفرنسي : **الرهن** حق عيني على عقار مخصص للوفاء بالتزامات معينة ، وصفاته القانونية هي :

1 - الرهن حق عيني .

2 - الرهن حق تبعي .

3 - الرهن حق عقاري .

4 - الرهن حق غير قابل للقسمة .

5 - الرهن حق مفرق للملكية .

أولًا : حق عيني متعلق بعين العقار بدون اعتبار للشخص المالك ، ولذا كان للمرتهن حق الأفضلية وحق متابعة العقار ، وهو حق معارض لكل شخص أيًّا كان .

ثانيًا : هذا حق تبعي ، وفي الحقيقة يستعمل الرهن ضمانًا لالتزام ثابت أولًا ، فهو يتبع هذه الالتزامات وجودًا وعدمًا ، وصحة وبطلانًا ، وبقاء وانتقالًا ، فهو تابع للالتزام أين وجد ، ومع ذلك فيجوز للمرتهن استعمال رهنه ضمانًا لدين آخر مع بقاء الرهن كما هو .

ثالثًا : هذا حق عقاري ليس منقولًا ؛ لأنه لا يرتب إلا على العقار فهو عقار بالمادة كحق الاستغلال والانتفاع .

رابعًا : حق غير منقسم بمعنى أن الرهن كله ضامن لجميع أجزاء الدين ، وإن صغرت ، وكل جزء من العقار ضامن للدين كله . لذلك نتج :

1 - إذا دفع جزء من الدين ، فلا يخلص جزء من الرهن بل يبقى الرهن كله ما بقي جزء من الدين أيًّا كان .

2 - إذا مات الراهن وانتقلت العين المرهونة إلى ورثته ، وجاءت في قَسْم أحد الورثة جاز للمرتهن أن يرجع عليها وفاء لدينه ، وإن كان الدين قد توزع على الورثة كل بنصيبه ، ولكن تبقى العين المرهونة ضامنة لما رهنت فيه من الالتزامات حتى يتم الوفاء .

3 - إذا بيعت العين المرهونة مجزأة فكل جزء يعتبر مرهونًا في كل الدين ، ضامنًا له جميعه .

4 – هذا حق يضعف الملكية بمعنى أن العين المرهونة يكون حق ملكها ضعيفًا ، فله حق الاستغلال وحق التصرف مع مراعاة الراهن ، وليس له إبادة أو هدم العين المرهونة .

ومأخذ الرهن ثلاثة أشياء : الاتفاق ، القانون ، حكم قضائي .

الأملاك القابلة للرهن :

لأجل تحقيق الرهن العقاري يجب وجود شرطين أساسيين :

الأول : الرهن العقاري لا يكون على منقول ويستثنى من ذلك :

1 - البواخر (العمارات البحرية) على الأقل عشرون طنًّا ، حتى ولو كانت في دور التكوين فيجوز دهنها .

2 - المراكب التي في الأنهر ، والتي تعادل أكثر من عشرين طنًّا ، ويجب أن تكون مقيدة في سجل المحكمة التجارية فيجوز رهنها .

3 - محلات التجارة يجوز رهنها .

4 - المحصولات الزراعية بطريق الإيداع .

5 - على المنقولات التجارية من الأدوات والآلات المستعملة لاستغلال المنزل بواسطة الإيداع .

الثاني : الرهن لا يكون إلا على بعض العقارات ، وهي كل عقار قابل للحجز والبيع بالمزاد العلني يجوز رهنه . ويمكن حصر العقارات في أربعة أقسام :

(1) عقار بطبيعته : وهي الأرض وما التصق بها ، ويستثنى من ذلك ما لا يدخل في الأعمال التجارية كمهر الزوجة ، وكأملاك الدولة العامة ، أو المديرية أو المركز – الوقف – فترهن الأرض وما اتصل بها وكل حق عليها .

(2) عقار بالتخصيص : وهي المنقولات الملحقة بالعقار والتي اعتبرها القانون تابعة له ، فتدخل الرهن تبعًا للعقار .

(3) عقار بالمادة المتعلقة به ، وهي الحقوق المتعلقة بالعقار . بعض هذه الحقوق يمكن رهنها وبعضها لا يمكن . **فالحقوق العقارية التي يمكن رهنها هي** :

1 – حق الانتفاع المترتب على العقار .

2 – حق الحكر المترتب على عقار .

3 - الحق الناتج عن عقد امتياز المنجم .

4 - الحق الناتج عن عقد امتياز ، أو إذن امتياز إنشاء قوة كهربائية .

والحقوق العقارية التي لا يمكن رهنها هي :

1 - حق الاستعمال والسكنى ، فلا تقبل الرهن ؛ لأنها غير قابلة للحجز ولا الانتهاء .

2 - حق الارتفاق العيني الذي لا يباع بالمزاد العلني ، والذي يكون حقًّا تبعيًا غير قابل للانفصال من العقار الذي يتبعه ، لكن يجوز رهنه تبعًا للعين المتعلق بها .

3 - الدعاوى العقارية كالاسترداد مثلًا ، فإنها تباع بشكل مفيد .

4 - الرهن المترتب على عقار لا يرهن .

رابعًا : العقار بالاقرار : وهي أسهم منقولة يمكن نقلها إلى العقار باعتراف مالكها في سجل هذه الأسهم ، وذلك كأسهم بنك فرنسا التي يمكن تحويلها إلى عقار (1) .

بند [36] الرهن العقاري

التشريع الإسلامي : تقدم أن الرهن يصح للعقار والمنقول على السواء ؛ فالرهن العقاري خصصه القانون الوضعي بالرهن الواقع على العقار المقابل للمنقول ، وهو حق عيني على عقار مخصص للوفاء بالتزامات معينة (2) .

وهو حق عيني متعلق بعين العقار فكان الأول في الوفاء من الثمن هو المرتهن عند عدم الدفع .

وقد سبق أن قبض الرهن بالفعل ليس شرطًا في العقد ، ولا في صحته ، ولا في لزومه ، بل ينعقد ويلزم بالصيغة ، ثم يطلب المرتهن أخذه ، فلا يتم الرهن إلا بالقبض (3) .

---

(1) انظر : البنود من 2114 إلى 2121 في الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 166 - 168 .

(2) سبقت الإشارة إلى ما جاء في المادة 1030 وما يقابلها من تعريف للرهن الرسمي ، ونصها : « الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًّا عينيًا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون » . وهذه المادة تقابل المادة 1285 من التقنين العراقي ، والمادة 1322 من التقنين الأردني ، والمادة 971 من التقنين الكويتي .
انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 417 .

(3) جاء في الشرح الصغير في الحديث عن أركان الرهن « وصيغه كالبيع ظاهره أنه يكفي ما يدل على =

والرهن تابع للدين وجودًا وعدمًا ، لأنه يشترط أن يكون أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم ، فإن كان الدين غير لازم أو غير صائر إلى اللزوم[1] ، فالرهن باطل[2] .

ويجوز للراهن رهن فضلة الرهن عن الدين المرتهن فيه ، كأن كان الرهن الأول 100 جنيه ، وثمن العين المرهونة 200 جنيه ، فيجوز الرهن في الفضلة وهو 100 جنيه الزائدة عن الدين الأول ، بشرط أن يعلم المرتهن الأول ، ويرضى بذلك ليصير حائزًا للمرتهن الثاني إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول .

فإن كان الرهن تحت يد أمين فيشترط رضاء الأمين دون المرتهن ليكون حائزًا للثانى ، وفضلة الرهن إما ترهن للمرتهن الأول ، وإما أن ترهن لغيره ، فإن رهنت للأول فلابد من تساوي الأجلين ، وإن رهنت لغيره جاز مطلقًا تساوى الأجلين أم لا ؟ نعم يشترط رضاء الحائز له سواء كان هو المرتهن الأول ، أو كان أمينًا غيره .

وإنما اشترطوا رضاء المرتهن الأول بالرهن الثاني إذا كان الرهن بيد أمين ؛ لأن المرتهن الأول يأخذ دينه كاملًا من ثمن الرهن أولا ، ولو لم يبق شيء للمرتهن الثاني فلا ضرر عليه في الرهن الثاني ، وعلى هذا يجوز رهن الرهن بالشروط والقيود المذكورة .

ومتى كان الرهن لعقار فنفس الرهن يعتبر عقاريًّا تبعًا للعقار المرهون ، والرهن غير قابل للقسمة . فلو قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقي إلا أن يتعدد الراهن أو المرتهن ؛ لأن كل جزء منه رهن بكل جزء من الدين ؛ ولأنه قد تحول عليه الأسواق فليس للراهن أخذ شيء منه .

فإن تعدد الرهن والمرتهن أو أحدهما فإنه يقضى لمن وفى حصته من الدين بأخذ حصته من الرهن ، كرجلين رهنا دارهما من رجلين فإذا قضى أحدهما حصته من

= الرضا » ، وقال ابن القاسم : « لابد فيها من اللفظ الصريح ... ولزم الرهن بالقول ، فللمرتهن مطالبة الراهن ، ويقضي له به ، ولا يتم الرهن إلا بالقبض » . الشرح الصغير (121/3 ، 124) .

(1) قاعدة : يبطل الرهن إذا كان الدين غير لازم أو غير صائر إلى اللزوم .

(2) الرهن شيء متمول أي من الأمول كانت عينا ، أو عرضا ، أو حيوانًا أو عقارًا أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم من بيع ، أو قرض ، أو قيمة متلف ، أو دين صائر إلى اللزوم كأخذ رهن من صانع ، أو مستعير خوفًا من ادعاء ضياع فيكون الرهن في القيمة . الشرح الصغير (121/3) .

الدين كان له أخذ حصته من الدار . وإذا تعدد المرتهن ، واتحد الراهن كما لو رهن زيد عمرا وبكرا رهنًا ، ووفَّى أحدُهما حقَّه كان له أخذ حصته من الرهن إذا كان الرهن ينقسم ، وإلا كانت تلك الحصة أمانة عند المرتهن الثاني ، أو يجعل الرهن كله تحت يد أمين ، ولا يمكّن الراهن منه لئلا يبطل حوز رهن الثاني . وإذا اتحد المرتهن وتعدد الراهن ، كما لو رهن زيد وعمر دارًا يملكانها من بكر ، فكل من قضى دينه مكن من حصته ، ولا يحتاج في هذه لأمين إذا مات الراهن وانتقلت العين المرهونة إلى ورثته ، فإنها ملك للورثة مرهون نظيرَ الدين بشرط أن لا تجول يد الراهن أو ورثته في الرهن ، وإلا بطل الرهن ؛ فلا يؤخذ الرهن حتى يدفع الدين ، فإن لم يدفع الدين بيع الرهن وسدد الدين من ثمنه أولًا . فإن بيع الرهن مجزأً دفع ثمن كل جزء يباع منه في الدين حتى يتم سداده ؛ لأن كل جزء من الرهن ضامن لكل جزء من الدين . والرهن حق يضعف الملكية فينزع الرهن من يد مالكه ليودع تحت يد المرتهن ، أو يد أمين فيستغلها المرتهن ، أو الأمين لحساب الراهن المالك باطلاعه لا المالك ، فلا يضع يده على الرهن وإلا بطل .

وللمالك حق التصرف في العين المرهونة ببيع ، وغيره بشرط سداد الدين المأخوذة فيه ، وفيه التفصيل الأتي :

1 – بيع الرهن قبل قبضه (1) : لو باع الراهن الرهن قبل قبضه مضى بيعه ، وإن كان لا يجوز ، إن فرط المرتهن في طلبه ، وإن لم يفرط فهل يمضي بيعه ، ويكون الثمن رهنًا في الدين أو لا يمضي بل يرد ويكون رهنًا في الدين ، (قولان) ، ولابن رشد أنه ليس للمرتهن

(1) تضمنت المادة 1043 من القانون المدني المصري والمادة 1046 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة النص على حق الراهن في التصرف في المرهون أي تصرف لا يؤثر في حق المرتهن . وينطلق الحكم بذلك من أن نظام الرهن يقوم على التوفيق بين حق ملكية الراهن للرهن ، بما يتضمنه من قدرة على التصرف وبين حق المرتهن في التوثق لدينه . ولهذا نصت هذه المادة على الاعتراف للمالك بحقه في التصرف في ملكه ما دام تصرفه لا يؤثر على حق المرتهن في حبس العين المرهونة إلى حين الوفاء بالدين . وهذا هو ما تناولته المادة 1335 أردني والمادة 1295 عراقي . ويتفق ذلك إلى حد كبير مع ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون . ولا خلاف بينهم على أنه لا يجوز للراهن التصرف في المرهون بعد لزوم العقد بأي وجه من وجوه التصرف المزيلة للملك كالبيع والهبة والوقف ، لأن مثل هذا التصرف مما يزاحم المرتهن في الاستيثاق لدينه . فإن تصرف الراهن بأي من ذلك كان تصرفه موقوفا على إذن المرتهن صيانة لحقه . المغني لابن قدامة 401/4 والقوانين الفقهية 319 ونهاية المحتاج 259/4 وكشاف القناع 334/3 .

رد بيع الرهن ، وإنما له فسخ بيع سلعته ، إن كان في بيع ؛ لأنه باعها على شرط الرهن لشيء بعينه فلما بيع رهنه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة ، أو قيمتها إن كانت هالكة .

2 - بيع الرهن بعد قبضه : مضى بيع الرهن بعد أن قبضه المرتهن إن باعه بمثل الدين فأكثر ، والدين عين ، أو عرض ، أو قرض وإلا فله الرد [1] .

فإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

ويمنع الراهن من إبادة الرهن ، أو هدمه ، أو التعرض للمرتهن في وضع يده عليه .

ومأخذ الرهن الاتفاق . وقد يحكم القاضي بالرهن ، أو الحميل في ثمن بيع ، أو فرق بدل مثلًا ، فيصح أن يكون مأخذ الرهن الاتفاق والقضاء في الأملاك القابلة للرهن .

ولا يتم الرهن إلا بالقبض ، والقبض بالفعل ليس شرطًا في انعقاده ، ولا في صحته ولا في لزومه بل يلزم وينعقد بالصيغة ، ثم يطلب المرتهن أخذه ؛ إذ يتحقق الرهن بالقبض .

فالرهن يكون في العقار والمنقول وإن كان الرهن العقاري خاصًا بالعقار ؛ لأنه منسوب إلى العقار ، فيدخل في الرهن كل ما يمكن أن يباع من (كل طاهر منتفع به مقدور على تسليمه معلوم غير منهي عنه ، ويدخل فيه رهن الدين فيجوز من المدين وغيره [2]) .

فيصح رهن :

1 - البواخر صغيرة أو كبيرة ، سائرة أو في دور التكوين .

2 - المراكب صغيرة أو كبيرة ، وليس بشرط قيدها في السجل التجاري ،

---

(1) يقول الدردير : « لو باع الراهن الرهن مضى بيعه ، وإن كان لا يجوز قبل أن يقبض المرتهن منه إن فرط مرتهنه في طلبه حتى باعه راهنه ، ويبقى دينه بلا رهن لتفريطه .. » الشرح الصغير جـ 3 ص 130 ، 131 ، 132 .

(2) اتفق الفقهاء على جواز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه أو من ثمنه عند تعذر وفاء الرهن بالدين . ومذهب الشافعية والحنابلة أن كل ما جاز بيعه جاز رهنه ، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى من ثمنه الدين ، ولذا يصح عندهم رهن المشاع قَبِلَ القسمة أم لم يقبلها . ورأى المالكية جواز رهن ما فيه غرر يسير . واشترط الحنفية في المرهون حيازته ؛ فلا يجوز رهن المشاع ، وإفراغه من ملك الراهن ؛ فلا يجوز رهن شيء مشغول بملك الراهن كدار فيها متاعه . المغني لابن قدامة 374/4 ، نهاية المحتاج 238/4 والهداية 126/4 . أما في القانون فإن الرهن الرسمي لا يرد إلا عقارًا (المادة 1035 مدني مصري) ولا يرد الرهن الحيازي إلا على ما يمكن بيعه بالمزاد العلني من منقول أو عقار استقلالا . (المادة 1097 مدني مصري) ويقترب ذلك مما أخذ به علماء المذهب الحنفي ؛ فقد نصت المادة 709 من المجلة العدلية على أنه « يشترط أن يكون المرهون صالحا للبيع ، فيلزم أن يكون موجودًا ، ومالا متقوما مقدور التسليم وقت الرهن » . وهو الذي نصت عليه المادة 554 من مرشد الحيران .

(وإن كانت كل مركب لها نمرة ومقيدة حسب القانون) .

3 - محلات التجارة .

4 - المحصولات الزراعية والثمار ، حتى ولو لم يبد صلاحها ، بل ولو لم توجد بالفعل .

فإن رهن ما لم يبد صلاحه من ثمر أو زرع انتظر ليباع بعده في الدين ، وحاصّ مرتهنه في الموت ، والفلس فيما عدا الثمرة أو الزرع الذي لم يبد صلاحه ، فإذا صلحت بعد المحاصة بيعت ، واختص المرتهن بثمنها فإن وفى ثمنها بالدين رد للغرماء ما كان أخذه في المحاصة ، وإلا يف الثمن بدينه قُدِّر أولًا محاصًّا للغرماء بما بقي له من دينه بعد اختصاصه بما أخذه من الثمن بالجميع .

5 - والمنقولات التجارية من أدوات وخلافه .

والرهن يكون على كل عقار يصح بيعه فكل ما صح بيعه صح رهنه .

فترهن الأرض وما اتصل بها ولو كان مهرًا للزوجة ؛ لأنه يصح بيعه بعد الدخول . ولا يصح رهن أملاك الدولة ولا عين الوقف ؛ لأنها لا تباع ولكن ترهن المنفعة .

ويرهن العقار بالتخصيص تبعًا للعقار الملحقة به ، ويرهن حق المنفعة المترتبة على العقار لاحق الانتفاع ؛ لأنه حق شخصي فلا يباع ولا يرهن ، ويرهن حق الحكر ، وحق امتياز المنجم ، أو إحداث قوة كهربائية .

فلا يرهن كل حق لا يجوز بيعه ، ويصح رهن السندات العقارية وغير العقارية؛ لأنها رهن دين ، وهو جائز على التفصيل الآتي :

1 - **رهن الدين للمدين** : لا بد في صحة الرهن أن يكون أجل الدين الرهن مثل أجل الدين الذي فيه الرهن ، أو يكون أبعد منه سواء أكان الدينان من بيع ، أو من قرض .

فإن كان أجل الدين الرهن أقرب ، أو كان الدين الرهن حالًّا منع الرهن لأدائه لأسلفني وأسلفك ، إن كان الدينان من قرض ، ولأدائه لاجتماع بيع وسلف إن كانا من بيع . وذلك لأن دين الرهن إذا كان أقرب أجلًا فبقاؤه بعد حلوله عند المدين إلى حلول أجل المؤجل يعد سلفًا ، وهو مصاحب للبيع أو القرض .

2 - **رهن الدين لغير المدين** ، يشترط في صحة قبضه الإشهاد على حوزته ودفع الوثيقة

للمرتهن . وأما الجمع بين من عليه الدين والمرتهن فشرط كمال . هذا هو الصواب [1] .

بند [37] الرهن العقاري الاتفاقي

القانون الفرنسي : الرهن العقاري الاتفاقي هو ما نتج عن إرادة صريحة موضحة في اتفاق خاضع إلى أشكال خاصة .

الرهن العقاري يخضع في وجوده ، وصحته إلى شروط خاصة لكل من حالتيه .

شروط وجودٍ وشروط صحةٍ خاصة بالرهن :

الرهن أولًا يكون من المدين ، أو الشريك في الدين ، أو الضامن ، أو شخص أجنبي . ويشترط في كل شخص يريد إيجاد رهن على عقار شرطان :

الأول : أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون ، فرهن ملك الغير باطل بطلانًا مطلقًا ، فينتج عن ذلك :

1 - أنه يجوز طلب هذا الإلغاء من كل شخص له مصلحة في ذلك ، وخصوصًا الدائنين المرتهنين ، أو الدائنين بسند عرفي للراهن .

2 - أنه لا يمكن تصحيح الرهن لملك الغير بأي طريق كان ، فلو تملك الراهن لملك الغير ما رهن ، أو أجاز المالك للعقار المرهون الرهن فلا ينقلب الرهن صحيحًا بل يعتبر ابتداء رهن جديد .

والرهن العقاري يكون على العقار المملوك حالًا لا مستقبلًا ، فهو رهن لملك الغير وهو ممنوع .

ويجوز الرهن لمالك بشرط معلق أو ملغ ، ويكون الرهن خاضعًا لما تخضع له الملكية من وجود وعدم ، فهو رهن معلق على شرط .

---

(1) تناولت المادة 1123 من القانون المدني المصري أحكام رهن الدين ، كما تناولت المادة 1124 من هذا القانون جواز رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية . ويختلف موقف الفقهاء المسلمين من ذلك ؛ فالمادة 709 من المجلة العدلية والمادة 554 اللتان سبقت الإشارة إليهما تشترطان أن يكون المرهون صالحا للبيع موجودا متقومًا مقدورا على تسليمه وقت الرهن . وتنص المادة 16 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام الشافعي على أنه « يلزم في المرهون أن يكون عينًا ولو مشاعًا » . وجاء في شرح هذه المادة أنه لا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه ، لأنه غير مقدور على تسليمه .. كما لا يصح رهن منفعة جزما ، كأن يرهن سكنى داره مدة ، لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق ، ولا يصح كذلك رهن عين لا يصح بيعها كوقف مثلًا .

رهن حصة العقار المشترك قبل القسمة ، أو حصة الغير قابلٍ للقسمة جائز ، ومتى تمت القسمة كان نصيبه هو المرهون ؛ لأن القسمة إظهار لا إيجاد .

فالوارث في نصيبه ، أو الشريك كذلك ، كأنه كان مالكًا لما خرج في نصيبه قبل توقيع الرهن فقد أوقع الرهن على ما يملك بشرط أن تقع العين المرهونة في نصيبه ، فإن وقعت في نصيب غيره كان الرهن ملغيًا .

فإن صادق جميع الشركاء على الرهن المتوقع من أحدهم كان صحيحًا أيًّا كانت نتيجة القسمة ، فالرهن يبقى صحيحًا على العين المرهونة ، ولو لم تخرج من نصيب الراهن .

الثاني : أن يكون أهلًا للتمليك؛ لأن الرهن نوع من التمليك الجزئي . ولذا فالقاصر الذي دون سن الرشد ، ولو فكت عنه الوصاية مؤقتًا ، والممنوع قضائيًّا لا يجوز لهما الرهن ، والمرأة المتزوجة تحت فصل أملاكها من أملاك زوجها لا يجوز لها الرهن إلا بإذن زوجها ، والمرأة المتزوجة تحت نظام المهر لا يجوز لها رهن عقار المهر ولو بإذن زوجها ، والمبذر الموضوع تحت سلطة المجلس القضائي لا يجوز له الرهن إلا بحضور المجلس المذكور .

ويترتب على مخالفة ركن أهلية التمليك أن الرهن إذا تم من عديم الأهلية يقع باطلًا (1) بطلانًا خاصًّا لا يلغى إلا إذا طلب إلغاءه مَنْ عَقَدَه شخصيًّا أو دائنوه . ويستثنى من هذه القاعدة - من ليس أهلًا للتمليك لا يجوز رهنه - حالتان يجوز فيهما الرهن :

أولًا : القاصر التاجر يجوز له رهن عقاره لضرورة تجارية ، ومع ذلك لا يجوز له تمليكها للغير .

ثانيًا : تحت نظام الشركة في أملاك الزوجين متى أعلنت الزوجة بعض عقارها منقولًا لغاية مبلغ معين ، فالزوج لا يجوز له بيع هذا العقار ، ولكن رهنه لغاية المبلغ الذي جعل منقولًا من أجله .

شروط الشكل :

يشترط في عقد الرهن أن يكون علنًا يسمع إشهاده على يد مسجل العقود ، أو

---

(1) قاعدة : الرهن إذا تم من عديم الأهلية يقع باطلًا بطلانًا لا يلغى إلا إذا طلب إلغاؤه . ويستثنى من ذلك القاصر ونظام الشركة في أملاك الزوجين .

عمل العقد عرفيًا وأمضى عليه مرتب الرهن ، ثم وضع عند مسجل العقود من الطرفين ، أو من الراهن فقط؛ لأن وضعه لدى مسجل العقود يساوي علانيته .

ومسجل العقود وهو المختص بسماع إشهاد الرهن أو تلقيه عند الرهن العرفي ، وليس لأحد من الموظفين ولا للمحاكم سماع هذا الإشهاد مطلقًا ، ويكون باطلًا لو وقع .

ويستثنى من ذلك حالتان يصح الرهن فيهما دون أن يكون أمام مسجل العقود :

أولًا : العقود المحررة من الحكومة في شكل إداري يمكن أن تتضمن الرهن وشروطه .

ثانيًا : في مواد رهن العمارات البحرية في البحار ، أو في الأنهر الملاحية لا تحتاج إلى مسجل العقود .

عقد الرهن المنعقد في خارج فرنسا على أملاك عقارية في فرنسا غير صحيح ، ولا يعمل به بل يجب أن يكون عقد الرهن محليًا .

خصوصية الرهن : خصوصية الرهن هو الأساس المبني عليه الرهن ، بمعنى أن الرهن يجب أن يكون على عقار محدود مبين نظير دين محدد في عقد الرهن . وهذه الخصوصية في الرهن تكون في الرهن الاتفاقي ويخرج عنه .

أولًا : الرهن القانوني وهو : للزوجة ، والقاصر ، والمحجور عليه ، وما يتعلق بالشخصية الأدبية من الأعمال الإدارية .

ثانيًا : الرهن القضائي يكون عامًا بالنسبة للرهن ، ويكون خاصًا بالنسبة للدين . وتظهر خصوصية الرهن في الصورتين الآتيتين :

(1) يوجد خصوصية في العين المرهونة .

(2) يوجد خصوصية في الدين المضمون .

أولًا : خصوصية العين المرهونة : القاعدة أن الرهن لا يقع صحيحًا إلا على أملاك خاصة محددة ، وموجودة حالًا في أملاك المدين . وينتج عن ذلك :

(1) أن الأملاك المرهونة يجب أن تكون موضحة توضيحًا خاصًا ببيان طبيعتها ، وحالة العقارات المرهونة بشكل لا لبس فيه كالحدود ، ومكان الوجود ، ونوع العقار إلخ . كل ذلك يذكر في عقد الرهن نفسه ، فإن أغفل ذلك صح إلحاق عقد الرهن ببيان رسمي يذكر فيه جميع هذه البيانات ، وصح الرهن بعد ذلك .

فإن خالف المتعاقدان ما ذكر كان عقد الرهن باطلًا بطلانًا أصليًا فلا ينقلب صحيحًا ، ويجوز طلب بطلانه من كل شخص له مصلحة في ذلك .

(2) منع رهن الأملاك المستقبلة ، بمعنى أن الرهن يقع صحيحًا متى وقع على أملاك موجودة بالفعل في أملاك المدين وقت الرهن . ويستثنى من ذلك :

الأول : عدم كفاية الأملاك المرهونة لضمان الدين ، فإنه يجوز رهن الأملاك المستقبلة بشروط :

(1) يجب أن يكون للمدين أملاك حاضرة ، فإذا لم يكن شيء لا يصح رهن الأملاك المستقبلة .

(2) يجب أن تكون الأملاك الحاضرة خالية من الرهن أي غير مستغرقة ، وإلا اعتبر كأنه لا يملك شيئًا .

(3) يجب أن تكون الأملاك الحاضرة الخالية من الرهن لا تكفي لضمان سداد الدين .

(4) يجب ذكر عدم كفاية الأملاك الحاضرة في عقد الرهن .

الثاني : نقص الضمان الكافي في الرهن الحالي ، كما إذا حصل للعقار المرهون ما أنقص قيمته حتى أصبح لا يفي بقيمة الدين . فإن كان تسبب من عمل المدين فللدائن الحق في طلب دينه وإن كان لأجل . وإن كان تسبب بغير عمله ، فللمدين إلزام دائنه بقبول رهن أملاكه المستقبلة ، وليس للدائن الامتناع .

خصوصية الدين المضمون بالرهن : بمعنى أن المبلغ الذي ضمن بالرهن يجب أن يكون معلومًا مبينًا في عقد الرهن ولو تقديريًا ، فإن لم يخصص الدين المضمون بالرهن كان الرهن باطلًا [1] .

بند [38] الرهن العقاري الاتفاقي

التشريع الإسلامي : بما أننا نجاري ترجمة القانون الوضعي فسنسير في المقارنة وَفْق الفقه المذكور .

فالرهن العقاري الاتفاقي ما صدر عن الراهن بدلالة الحال ، أو المقال لعقار قدمه

(1) انظر : البنود من 2124 إلى 2133 في الفصل الثالث ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 169 – 172 .

رهنًا نظير دين ، أو نظير تنفيذ التزام أيًا كان .

والرهن يكون من المدين ، أو الشريك في الدين ، أو الضامن ، أو شخص أجنبي .

ويجب أن يكون الراهن مالكًا لما رهن . والقاعدة العامة أن من له البيع له الرهن [1] . ولا خلاف في المذهب في أن القبض ليس من حقيقة الرهن ولا شرطًا في صحته ولا لزومه ، بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ، ثم يطلب المرتهن الإقباض [2] . (قال ابن الحاجب [3] : يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به) .

ويشترط في صحة الرهن أهلية البيع ، وهو التمييز . ويشترط في لزومه الرشد والتكليف . فمن يصح بيعه يصح رهنه ؛ فلا يصح من مجنون ، ولا من صبي غير مميز ، ويصح من المميز والسفيه ، ويتوقف على إجازة وليهم إن اشترط في صلب العقد في البيع أو القرض وإلا فهو تبرع باطل ، ويلزم من المكلف الرشيد .

ومتى وقع الرهن باطلًا فيجوز طلب بطلانه لكل ذي مصلحة خصوصًا الدائنين .

ورهن ملك الغير موقوف على إجازة المالك ، فلا فرق بين البيع والرهن . وقد سبق في العقود أن بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك وكذلك رهنه . وبما أن الرهن لا يتم إلا بالحوز ، ومتى وجد الحوز اختص به الحائز متى كان حوزه بحق من ذي صفة ؛ فلو رهن زيد ملك عمرو في دين بكر ، ثم أفلس عمرو بعد إفلاسه أجاز رهن زيد لملكه في دين بكر فلا يكون بكر مرتهنًا ، لأنه وضع يده بحق من

---

(1) قاعدة : من له البيع له الرهن .

(2) ولزم الرهن بالقول أي الصيغة ، فللمرتهن مطالبة الراهن ، ويقضى له به ، ولا يتم الرهن إلا بالقبض . الشرح الصغير (124/3) وهذا مذهب المالكية الذين اتجهوا إلى الحكم بلزوم الرهن بالعقد ، ويجبر الراهن على التسليم للمرتهن وإقباضه ما رهنه ، لأن آثار العقد تترتب عليه ، لا على ما هو من سببه . ومذهب الأحناف والشافعية والحنابلة أن عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، لقوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ فلو لزم عقد الرهن لما كان لهذا الوصف فائدة . حاشية ابن عابدين 308/5 ، ونهاية المحتاج 253/4 والمغني لابن قدامة 364/4 .

(3) ابن الحاجب هو : الشيخ الإمام العلامة المقرئ الأصولي النحوي أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر ابن يونس الكردي الدويني المالكي . ولد سنة سبعين وخمسمائة ، بدأ أبو عمرو بالقاهرة وحفظ القرآن وأخذ بعض القراءات عن الشاطبي ، وسمع منه « التيسير » ، كان رأسًا في العربية ، وعلم النظر . درس بجامع دمشق وبالتورية المالكية . قال ابن خلكان : كان من أحسن خلق الله ذهنًا . روى عنه ياقوت الحموي والمنذري والدمياطي . سير أعلام النبلاء 489/16 ، 490 .

غير ذي صفة ، فيأخذ الدائنون الرهن بينهم في ديونهم محاصصة [1] .

فإجازة المالك لرهن الفضولي يعتبر من يوم الإجازة لا من يوم الرهن ، فهو ابتداء رهن حقيقة .

والرهن مطلقًا في عقار ومنقول يصح ، ولو كان فيه غرر [2] حتى ولو اشترط في العقد . وقد قال ابن القاسم في المدونة : « يجوز رهن الزرع والثمر قبل بدو صلاحهما » [3] ؛ لأن عقد الرهن لا يرجع على عقد البيع أو القرض بشيء ؛ لأنه تبع والجواز ترك الرهن من أصله فشيء في الجملة خير من لا شيء .

على أنه يشترط في الغرر أن يكون خفيفًا فإن كان الغرر قويًّا ، فلا يجوز الرهن كرهن جنين في بطن أمه [4] .

والرهن يكون على الأملاك الحاضرة لا على المستقبلة [5] ، فإن رهن أملاكه المستقبلة بلا تعيين كأن قال : « كل ما أملك من عقار مثلًا فهو رهن في دينك » فهو غير صحيح ؛ لأنه يلزم أن يتم بالقبض وأن لا يكون فيه الغرر قويًّا ، وهذا على النقيض ، وإذا ترافع ليقبض فلا يجد شيئًا . وإن رهن أملاكه المستقبلة معينة بأن قال : « أرهنك هذا المنزل لأني سأشتريه » فلا يجوز ؛ لأنه لا يزال في ملك الغير » .

ويجوز الرهن بشرط معلق أو ملغ ، والرهن تبع للملك وجودًا وعدمًا .

رهن حصة العقار المشترك قبل القسمة جائز ، وكذا حصة العقار غير القابل للقسمة

---

(1) يقول الدردير : « ويلزم الرهن بالقول أي الصيغة ، فللمرتهن مطالبة الراهن ، ويقضى له به » . الشرح الصغير جـ 3 ص 124 .

(2) جاء في الشرح الصغير « ولو كان المتمول ملتبسا بغرر كآبق ، وثمرة لم يبد صلاحها ، فإنه يصح رهنه » الشرح الصغير (121/3) .

(3) المدونة 153/4 .

(4) إن اشتد الغرر ، فلا يصح الرهن كالجنين . الشرح الصغير (121/3) .

(5) قاعدة : الرهن يكون على الأملاك الحاضرة لاعلى المستقبلة . وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 1033 من القانون المدني المصري والمادة 1091 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية النص على بطلان رهن المال المستقبل . ونصت المادة 1328 من القانون المدني الأردني على وجوب أن يكون العقار المرهون رهنا تأمينيا قائما وموجودا عند إجراء الرهن . ومن ثم فإنه لا يجوز رهن المال المستقبل ، طبقا لما بينته المذكرة التوضيحية التي جاء فيها أن مصدر هذا الحكم هو المادة 709 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 976 من مرشد الحيران وبدائع الصنائع 135/6 . ولا ينصرف هذا إلى الرهن التأميني أو الرسمي وحده وإنما يشمل الرهن الحيازي كذلك .

وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره ، لكن إن كان الباقي لغير الراهن اقتصر المرتهن في الحوز على حصة الراهن ، وإن كان الباقي له حاز ماله كله ما رهن وما لم يرهن .

ولا يستأذن شريكه في الرهن للجزء المشاع حيث لا يمنعه تصرف شريكه بالبيع ، أو الرهن من التصرف في نصيبه [1] .

وللشريك الذي لم يرهن أن يقسم بإذن الراهن ويبيع حصته ، ولو من غير إذن شريكه ويسلم للمشتري ما باعه له بغير إذن شريكه ، فإن نقصت حصته ببيعها مفردة أجبر الراهن على البيع معه ، وكان ثمنه رهنًا إن بيع بغير جنس الدين ، وإلا قضي الدين منه إن لم يأت برهن ثقة .

فإن كان نصيب الراهن في المشاع جزءًا عامًّا كربع ، أو ثلث ، أو نصف مثلًا صح بلا شرط آخر . وإن كان النصيب مشاعًا لكنه رهن منزلًا معينًا فهل يصح الرهن بلا خلاف أو لا يصح ؟ لأنه تصرف في ملك الغير كشريك في دابة ، فإنه لا يجوز لأحدهما بيع حصته منها وتسليمها للمشتري بغير إذن شريكه الحاضر ، أو إطلاع الحاكم إن غاب ؛ لأنه تصرف في حصة شريكه بغير إذنه ؛ لأن كل جزء منها بينهما ، ولهذا التعليل قال بعض المتشرعين في المذهب : بعدم صحة رهن المشاع ، وإن كان المشهور أنه صحيح كما سبق .

أما إن صادق الشريك على رهن حصة شريكه المشاعة فلا كلام في صحة الرهن [2] .

ومن يملك حق البيع يملك حق الرهن [3] فلا رهن للقاصر ولا للمحجور عليه [4] ،

---

(1) « للراهن الذي رهن الجزء المشاع استئجار جزء شريكه » . الشرح الصغير (122/3) .

(2) جاءت الفقرة الثانية للمادة 1039 من القانون المدني المصري والمادة 1038 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والفقرة الأولى من المادة 1331 مدني أردني بالنص على أن للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ، ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل . وقد أجازت القوانين الحديثة رهن المشاع فيما هو واضح في هذه المواد . أما في الفقه الإسلامي فقد اتضح مما سبقت الإشارة إليه عند حكاية آراء الفقهاء في شروط الرهن أن رهن المشاع محل خلاف بين المذاهب الفقهية ؛ فمذهب مالك والشافعي جواز رهن المشاع (بداية المجتهد 229/2 والمهذب 308/1) وهو ما يتفق مع الاتجاهات التشريعية الحديثة .

(3) قاعدة : من يملك حق البيع يملك الرهن ، ولا يجوز الرهن للقاصر ولا المحجور عليه .

(4) يجوز الرهن من من ولي محجور كأبٍ ، أو وصي ، أو غيرهما من مال المحجور . الشرح الصغير (123/3) وهو ما نصت عليه المادة 1327 من القانون المدني الأردني التي جاء فيها : « 1 - يجوز للوصي بإذن المحكمة أن يرهن مال الصغير أو المحجور عند أجنبي بدين له على أيهما . 2 - ولا يجوز له أن يرهن ماله عند الصغير أو المحجور ، ولا ارتهان مال أيهما لنفسه » .

وأما المرأة المتزوجة فيجوز لها الرهن كما يجوز لها البيع . وفي مذهب الإمام مالك ليس لها التصرف في الزائد عن الثلث ، وهل لها رهنه ؟ الظاهر لا ؛ لأنه يجب المحافظة على مال الزوج فيما زاد على الثلث ؛ لأن الرهن قد يكون طريقًا للضياع ، أو حيلة للزوجة للتصرف فيما زاد على الثلث ، وقيل : يجوز لها ذلك على التفصيل الآتي؛ لأن الرهن إن كان مشروطًا في عقد البيع أو القرض فهو جزء من العوض أو التوثق فيصح ، وإن لم يكن مشروطًا بل تبرعت الزوجة به فهو تصرف بلا عوض ، فإن زاد عن الثلث كان للزوج منعه ، وإلا بأن كان أقل من الثلث أو كان بإذن الزوج صح وجاز . ونميل إلى هذا الرأي ؛ لأنه أدعى إلى عدم القيل والقال بين الزوجين خصوصًا إذا كان بينهما أولاد .

القاصر التاجر متى كان مأذونًا له في التجارة من وليه صح رهنه المتعارف في العرف التجاري (1) ، متى كان خفيفًا كرهن البضائع نظير ثمنها أو الباقي عليها . وأما رهن العقار ففيه خطر ولو كان تاجرًا فيجب أن يكون وليه حاضرًا ؛ لأن الإذن في التجارة معناه بيع وشراء فيما أذن له فيه من سلع وعروض في محل التجارة ، وليس معناه الإذن في رهن عقاره فهو غير صحيح من القاصر إلا بإذن وليه أو القاضي .

وليس في التشريع الإسلامي نظام شركة الزوجين ، فللزوجة أن تتصرف كما تشاء في أقل من الثلث عند مالك . وعند غيره من الأئمة أن الزوجة مطلقة التصرف كما تشاء ، كالرجل سواء بسواء .

ولا يشترط في الرهن أن يكون أمام مسجل العقود بل يوجد علانية أمام شهود ، أو في مكتوب بين الطرفين ، إلا إذا كان عقارًا فقد أمر ولي الأمر أن يكون مسجلًا فيجب أن يكون مسجلًا حسب النظام المتبع (2) قانونًا .

خصوصية الرهن : يجب أن تكون العين المرهونة محددة بحدود ومعالم بينة

---

(1) قاعدة : القاصر التاجر متى كان مأذونًا له في التجارة من وليه صح رهنه .

(2) هذا من التطور الحديث الذي يسره ظهور نظام الشهر العقاري . ولذا اتجهت القوانين الحديثة إلى اشتراط التسجيل لنشوء الرهن التأميني أو الرسمي . وهو ما نصت عليه المواد 1031 مصري ، 1286 عراقي ، 1323 أردني ، ونصها أنه « لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله ، ويلتزم الراهن نفقات العقد إلا إذا اتفق على غير ذلك » . وقد أشارت المذكرة التوضيحية لهذه المادة إلى أن تسجيل عقد الرهن التأميني ركن فيه ، ولا يقوم بغيره . ويتفق هذا الاتجاه مع المقصود من شرع الرهن ، وهو الاستيثاق ، كما يتفق مع الأمر القرآني بكتابة الالتزامات ، طبقا لما جاء في آية المداينة .

ظاهرة لا تخفى على أحد عند التنازع ، فيذكر المكان والحدود الأربع ، واسم الحوض ، ونمرته ، والقطعة ورقمها ، والزمام ، والقرية ، والمركز ، والمديرية .

ويجوز رهن الأملاك المرهونة متى كان فيها فضلة ورضي المرتهن بذلك .

ونقص الرهن بالهلاك أو الاستحقاق من ملك الراهن يلزم الراهن بسداد دينه حتى ولو كان مؤجلًا متى كان هذا الإخلال آتيًا من المدين بفعله ، كأن باع الرهن وسلمه مثلًا فيعجل دين المرتهن ، أو يقال للراهن : أحضر رهنًا مكانه أو ضامنا ثقة ، فإن فعل فلا كلام للمرتهن إلا إذا كانت مصلحته في عين الرهن المنقوص ظاهرة ، فيعجل الوفاء بالدين .

خصوصية الدين المضمون في الرهن : يجب أن يكون الدين المضمون محددًا أو آيلا للتحديد ، ولازمًا أو آيلا للزوم وقت الرهن ، فما أخذ رهنًا فيه لا يؤخذ رهنًا في دين جديد حصل بعده ، بل إنه من مبطلات الرهن جعله في قرض جديد مع دين قديم واختصاص الجديد به [1] .

بند [39] الرهن القانوني

القانون الفرنسي : الرهن القانوني هو ما منحه القانون إلى بعض الديون ضمانًا لسدادها لأفضلية خاصة . ومواضع الرهن القانوني هي :

(1) الرهن القانوني للمرأة المتزوجة على ملك زوجها .

(2) الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه على أملاك وصيهما .

(3) الرهن القانوني للحكومات ، والمديريات ، والمراكز ، والمؤسسات العامة على أملاك المحصلين ، والمديرين ورؤساء الحسابات .

(4) الرهن القانوني للموصى لهم .

(5) الرهن القانوني لجملة الدائنين في حالة الإفلاس ، أو التصفية القضائية (الامتيازات العقارية المنقلبة من الرهن العقاري لعدم تسجيله في ميعاده القانوني) .

وقد أضاف بعض المتشرعين على ذلك ما يأتي :

أولًا : الامتياز العقاري حتى المسجل قانونًا ، والمسمى بالرهن القانوني الامتيازي .

---

(1) وبطل الرهن بجعله في قرض جديد اقترضه من إنسان له عليه دين قبله ، وجعل ذلك الرهن فيه مع دين قديم من قرض ، أو بيع أي جعله فيهما معا لأنه سلف جر نفعا . الشرح الصغير (124/3) .

ثانيًا : الرهن القضائي ؛ لأن أساسه من القانون لا من قرار القاضي .

وسيبحث في هذا الباب الرهن القانوني للمرأة المتزوجة ، والقاصر ، والمحجور عليه :

أولًا : الرهن القانوني للمرأة المتزوجة :

المرأة المتزوجة لها بقوة القانون رهن قانوني على أملاك زوجها العقارية لضمان دينها الذي لها قبل زواجها لاستحالة التقاضي الأدبية بالنسبة لحالة الزواج ، فأعطاها القانون الرهن على أملاك زوجها العقارية ضمانًا لحقها .

وهذا الحق منحه القانون للمرأة المتزوجة أيًا كان نظام زواجها ، ولو كان مع احتفاظ كل واحد من الزوجين بأملاكه .

فإذا كان الزواج باطلًا فليس للمرأة حق الرهن ؛ لأن العقد الفاسد لا ينتج عنه عمل صحيح ، فإذا كانت الزوجة حسنة النية واعتبر الزواج فاسدًا ، فإنه يجوز للمرأة التمسك بحق الرهن القانوني إلى يوم الحكم بالفسخ .

والدين المضمون بهذا الرهن هو كل دين وحق يمكن أن يكون للمرأة المتزوجة في ذمة زوجها بعنوان كونها زوجة من غير تحديد ، ولا حصر ، وذلك :

أولًا : الدين المتسبب عن المهر ، وهو كل ما حملته المرأة وقت الزواج ، وكان لها حق أخذه .

ثانيًا : الدين المتسبب عن عقد اتفاق ترتيب أموال الزوجين ، كالتعويض الناتج من خطأ الزوج في إدارة أموال الزوجة ، وثمن عقار مملوك لها لم يستعمله لمنفعتها ، والدين الذي تعاقدت عليه الزوجة لصالح الزوج ، ودين هبة ، أو عطية ، أو ميراث تملكته ، ودين أملاك الزوجة التى لم تدخل في المهر وتسلمه الزوج كعامل لزوجته فيه في نظام المهر،ودين نفقة الزوجة التي قضى بها عليه عند التفرقة الجسمانية ، ودين مصاريف التقاضي عند التفريق ، أو الطلاق ، أو فصل الأملاك القضائي .

الأملاك التي يشملها الرهن القانوني : يحمل الرهن على جميع أملاك الزوج العقارية وقت الزواج ومدة الزواج وبعد الزواج ومدة سير قضية التفريق ، أو الطلاق ، فإن تنازلت الزوجة عن الشركة في الأملاك فلها معارضته أياً كان بحق الرهن القانوني . وإن قبلت الزوجة شركة الأملاك فليس لها إلا معارضة الدائنين العرفيين فقط بحق الرهن القانوني .

ويجوز حصر الرهن القانوني للمرأة المتزوجة في بعض أملاك زوجها دون الكل ، وذلك بنص في عقد ترتيب أموال الزوجين حال الزواج أو باتفاق بعد الزواج .

وذلك بأن ينص في العقد على أن الرهن القانوني لا يشمل إلا كذا من عقاره ، والباقي للزوج الحرية التامة في التصرف فيه ، ويشترط في الطرفين المتعاقدين على هذا الرشد فقط ، وإن كان بعد الزواج فيكون تحت مراقبة القضاء بشروط ثلاثة :

1 - رضاء الزوجة التام .

2 - أخذ رأي أربعة أقارب للزوجة ، كهيئة مجلس عائلي بالموافقة .

3 - صدور حكم بناء على ذلك مع سماع رأي النائب العام بالموافقة .

ثانيًا : الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه :

للقاصر والمحجور عليه رهن قانوني على عقار وصيهما ضمانًا لما قد ينشأ لهما في ذمته من الالتزامات .

وحق الرهن القانوني يكون للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد ، ولم تفك عنه الوصاية ، فلا تتعلق بالقاصر الذي رفعت عنه الوصاية وله مشرف . ويكون هذا الرهن على أملاك الوصي أيًا كان شرعيًا ، أو مختارًا ، أو معينًا حتى على أملاك زوج الأم التي تزوجت وهي وصية . ولا يكون الرهن القانوني على الأملاك الآتية :

أولًا : على أملاك المشرف على الوصي ؛ لأنه لم يجعل لإدارة أملاك القاصر ، وإنما لملاحظة أعمال الوصي وتمثيله عند غيابه .

ثانيًا : على أملاك الأب ولو كان مديرًا قانونيًا لأملاك ولده ولو أن عمله كعمل الوصي إلا أن أملاك الأب عليها رهن قانوني للزوجة ، فلا يكون عليه رهن آخر لولده .

ويكون حق الرهن القانوني للممنوع من التصرف وهو المحجور عليه قضائيًا ، أو قانونًا على أملاك وصيه . ولا يكون حق الرهن إلى :

1 - المبذر أو ضعيف العقل والمعين له مجلس قضائي .

2 - المجنون الموضوع في مستشفى الأمراض العقلية ، ولم يمنع من التصرف قانونًا ، لكن يجوز للمحكمة اتخاذ قرار في هذا بوضع أملاك المدير المؤقت كلها أو بعضها تحت الرهن القانوني لهذه الإدارة ، فيسجل ذلك النائب العام في سجل الرهون .

ما يضمن الرهن القانوني من الدين : الرهن القانوني يضمن كل دين يمكن أن يكون في ذمة الوصي ، كنتيجة للوصاية وذلك :

أولًا : المبالغ التي استلمها الوصي لحساب القاصر وأصبح ملزمًا بردها له .

ثانيا : التضمينات التي يمكن أن تنشأ عن خطأ في إدارة أملاك القاصر أو المحجور عليه .

ثالثًا : الديون التي للقاصر أو المحجور عليه في ذمة الوصي ، وكان سببها بعيدًا عن الوصاية وحل دفعها مدة الوصاية .

والرهن يكون على أملاك الوصي العقارية الحاضرة والمستقبلة ، ويجوز حصره في بعض أملاك الوصي وقت تعيينه بمعرفة مجلس العائلة كما في رهن الزوجة ، ويجوز حصر الرهن القانوني بعد الوصاية ، ويكون بحكم يصدر من المحكمة بناءً على طلب الوصي مشفوعًا برأي مجلس العائلة بالموافقة ، ويكون عقار الوصي زائدًا عن ضمان ما يمكن أن يضمنه من أموال القاصر [1] .

بند [40] الرهن القانوني

التشريع الإسلامي : ليس في التشريع الإسلامي رهن قانوني للمرأة المتزوجة ؛ لأن الزواج مبني على انفصال مال الزوج ومال الزوجة انفصالًا كليًا [2] ؛ فلا يجوز للزوج أن يتصرف إطلاقًا في ملك زوجته إلا إذا وكلته عنها في التصرف صراحة أو ضمنًا [3] ؛ لأن الزواج جعل لجواز حل التمتع بالزوجة لتكوين عائلة قانونية يتحمل الزوج كل أعباء وجودها [4] ، ولا شأن للزوجة في ذلك ، كذلك ليس للمرأة أن تتصرف في مال زوجها إلا فيما سلطت عليه وكان من خصائص تصرفاتها في المنزل ولوازمه ، فلا داعي للرهن القانوني على أملاك الزوج لزوجته ،

---

(1) انظر : البنود من 2121 إلى 2122 في الفصل الأول ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 168 .

(2) لقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُوا۟ ۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ ۚ ﴾ سورة النساء آية 32 .

(3) قاعدة : لا يجوز للزوج التصرف في ملك زوجته إلا إذا كان من خلال توكيل صراحة أو ضمنا .

(4) لقوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ ﴾ سورة النساء آية 34 .

فلو تصرف الزوج في مال زوجته بلا إذن منها ، فهو ضامن لما أتلف أو فرط . وعقود الزوج في أملاك زوجته موقوفة على إجازتها له فهو فضولي في ذلك مالم توكله صراحة أو دلالة .

وقد يكون مفهومًا أن يكون الرهن القانوني على أملاك الزوج متى كان للزوج حق التصرف في أملاك زوجته . ولكنه ليس مفهومًا وجود الرهن القضائي مع احتفاظ كل واحد من الزوجين بأملاكه وبحق التصرف المطلق فيها .

الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه : يجوز للقاضي أن يشترط ضمانًا ماليًا على الوصي (وهو غير الأب) يكون ضمانًا لخطئه في تصرفه في أموال القاصر ، وفي تفريطه في حفظه . ولكن المشرع الإسلامي لم يشترط رهن أملاك الوصي ، أو القيم على المحجور عليه ، أو القاصر . وأنا أرى شخصيًا أن في هذا مصلحة للقاصر والمحجور عليه ، ولا يتعارض هذا مع قواعد العدالة وحفظ مال القاصر ، فيتعين تقريرها بأمر ولي الأمر .

ويستوي في حق الرهن القانوني القاصر والمحجور عليه لجنون ، أو لتبذير ، أو لضعف في العقل ؛ لأن الغرض من الرهن القانوني حفظ أموال عديم الأهلية لجواز أن يبددها من له حق التصرف فيها ، ثم عند الرجوع عليه يكون قد أفلس أو أضاع أملاكه للغير بأي سبب من أسباب الملكية الظاهرة من طرق التحايل ، فمصلحة عديم الأهلية في تقرير الضمان .

كل هذه قواعد وقوانين أمر بها المشرع في جملتها ، وهي من المصالح المرسلة التي يجب النظر فيها إلى المصلحة العامة ، وهي حفظ مال عديم الأهلية ، ومن حفظ مال عديم الأهلية أن لا يكون الوصي أو القيم مفلسًا أو مرتبكًا ماليًا ، وقد تقدم ذلك في شروط الولي والوصي ويجب - والحالة هذه - أن يكون حق عديم الأهلية مقدمًا قبل كل دين .

بند [41] الرهن القضائي

القانون الفرنسي : الرهن القضائي هو ما نتج عن قرارات السلطة القضائية ، أو عن إشهادات مشابهة لها .

وفي الواقع هذا الرهن قانوني ؛ نظرًا لأن الرهن القضائي يرجع إلى مأخذه القانوني لا إلى نفس الحكم . ولكن يوجد حالتان يظهر فيهما الرهن القضائي الحقيقي وهما :

أولًا : في حالة أمر المحكمة باتخاذ رهن على كل أو بعض أملاك المدير المؤقت لأملاك المجنون الذي أدخل بمستشفى الأمراض العقلية ولم يمنع من التصرف .

ثانيًا – في حالة سلب الولاية الأبوية وتعيين وصي للقاصر : يجوز للمحكمة إصدار قرار برهن كل أو بعض أملاك هذا الوصي نظير مبلغ معين .

وهذا الرهن يكون على الأموال الحاضرة والمستقبلة للوصي . ويضمن الوصي في هذا الرهن الدين المحدد في الحكم أو المنصوص عليه في القرار .

ويشمل الأحكام والإشهادات الرهن في الأنواع الآتية :

حكم محكوم فيه بشيء ، فيوجد الرهن القضائي كل حكم يشتمل على أمر بإعطاء أي التزام أو عمل أي شيء لصالح الطرف المحكوم له ، ولا يوجد الرهن من حكم لا يتضمن أمرًا بذلك ، فالأول يدخل فيه الأحكام المؤقتة والأحكام النهائية والأحكام الحضورية والغيابية ، والقابلة للاستئناف والغير قابلة ، وأحكام التصديق على القسمة .

والحكم الذي يوجد الرهن القضائي عام من أي محكمة صدر : مدني ، جنائي ، مجلس إداري ، قاضي صلح ، تجاري إلخ . وحكم المحكمين من وقت تذييله بالصيغة التنفيذية بأمر من رئيس المحكمة ، والأوامر التنفيذية من جهة الإدارة المختصة لتحصيل أموال الحكومة وتحمل صيغة النفاذ .

والأحكام الصادرة من محاكم أجنبية لا توجد رهنًا قضائيًا ، إلا إذا أمرت المحاكم الفرنسية بنفاذها في فرنسا ، ووضعت عليها الصيغة التنفيذية .

ويحمل الرهن القضائي على أملاك المحكوم عليه الحاضرة والمستقبلة . ويسري الرهن القضائي على القاصر والمحجور عليه ما داما قد مُثِّلا قانونًا في النزاع . ويسري أيضًا على الشخص الحقيقي والمعنوي ، فترهن أملاكه نظير التزاماته الناتجة من الحكم سواء أكانت شركات أم جهات حكومية ، فيكون الرهن على عقاراتها الخاصة [1] .

بند [42] التشريع الإسلامي

متى صدر حكم قضائي وفيه وجوب تقديم رهن وجب نفاذه ، ويحدد في الحكم مدى هذا الرهن ونوعه ، وهذا متروك لنظر القاضي ولتقديره فيما يراه مناسبًا ولازمًا ، وهو شرعي لا نزاع فيه .

---

(1) انظر : البند 2123 في الفصل الثاني ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 169 .

بند [43]

الكتاب الرابع

أحكام الرهن والامتياز

علانية الرهن وحق الامتياز

القانون الفرنسي : القاعدة العامة أن الرهن والامتياز تجب لهما العلانية بواسطة تسجيلهما بسجلات الرهونات بالدائرة المدنية الواقع فيها العقار المرهون .

خصوصية الامتياز : يخرج عن قاعدة التسجيل المنقول عامًّا أو خاصًّا ، فلا يجب تسجيله في سجل الرهونات ، ويخرج أيضًا الامتيازات العامة ولو أنها مرتبة على العقار .

وعلانية امتياز البائع على المبيع في العقار تتحقق في تسجيل البيع فقط ، وليس بلازم عمل اختصاص بباقي الثمن ، وتسجيله بسجل الرهونات ، وإنما إذا وجد رئيس السجل المخصص للرهن أن الثمن بقي منه شيء للبائع ، وجب عليه تسجيل رهن بذلك في سجلات الرهن من نفسه بقوة القانون .

فإذا لم ينقل التكليف ، فليس للبائع معارضة الغير بامتيازه ، ولكن إذا نقل التكليف ولم يتخذ رئيس التسجيل تسجيل رهن بحق البائع فيكون للبائع حق امتياز باقي الثمن ، فيعارض الغير ، وللغير الرجوع بتعويض لما أصابه من ذلك على رئيس التسجيل .

امتياز القسمة : يجب تسجيل عقد القسمة ، أو حكم مرسى المزاد لأحد الشركاء في مدة ستين يومًا من تاريخهما . فإن تم ذلك في الميعاد كان الامتياز مقدمًا على الرهن السابق ، فإن لم يسجل في الميعاد انقلب الامتياز إلى رهن ، وأخذ مكانه حسب تاريخه فقط .

امتياز مهندس المباني : يجب تسجيل الامتياز مرتين : الأولى : عمل محضر بحالة المباني قبل البدء في العمل ، ثم عمل محضر بعد إتمام الإصلاحات التي عملت . ومتى تم تسجيل المحضر الأول فقد ثبت الامتياز فيقدم على الرهن ، فإن لم يسجل قبل البدء في العمل انتقل الامتياز إلى رهن يأخذ مكانه حسب التاريخ . وأما المحضر الثاني : فهو مكمل للأول فقط مبين لمدى الامتياز .

امتياز فصل أملاك المدين عن تركة مورثه :

هذا الامتياز يجب تسجيله في مدى ستة أشهر من تاريخ ابتداء تقسيم التركة . فإذا سجل في ميعاده القانوني محا كل رهن أخذ على أعيان التركة ، وإن سجل بعد الميعاد كان كرهن وحفظ مكانه من تاريخ تسجيله فقط ، وينتفع بهذا التسجيل كل دائني المورث فلا يختص به من سجله .

ويخرج من قاعدة العلانية بالتسجيل الرهن القانوني للقاصر ، والمحجور عليه ، والمرأة المتزوجة ؛ فإنه معارض لكل الناس بدون تسجيل بل بنص القانون ، ولا يجب على أصحاب هذا الرهن تسجيله ، ولكن يجب :

أولًا : على زوج المرأة ، ووصي القاصر ، والمحجور عليه .

ثانيًا : على المشرف على الوصي .

ثالثًا : على النائب العام .

أن يسجلوا الرهن القانوني كل فيما هو مطلوب منه ، وقد أباح القانون لأقارب الزوجين والقاصر والمحجور عليه اتخاذ تسجيل الرهن ، فإذا لم يسجل الزوج والوصي الرهن على أموالهم ضمنوا مدنيًا .

متى انحل الزواج لأي سبب ، أو بلغ القاصر ، أو رفع الحجر ؛ وجب تسجيل الرهن في مدة سنة من تاريخ الانحلال ، أو البلوغ ليسري الرهن القانوني ، فإن سجل الرهن بعد مضى المدة أصبح رهنًا عاديًا ويأخذ مكانه حسب تاريخه .

طريق تسجيل الرهن :

أخذ رهن على عقار المدين ممكن لأي شخص بدون أي شرط ، ولو كان قاصرًا ، أو امرأة متزوجة ؛ لأنها من الطرق التحفظية .

والرهن يكون في مكتب الرهون الموجود في دائرته المدنية ، فكل قسم إداري به سجل لتسجيل الرهونات ، ويجب على من يريد تسجيل رهن أو امتياز أن يقدم لرئيس قلم التسجيل الأوراق الآتية :

1 - المستند الذي يمنحه حق الامتياز أو يقضي بعمل الرهن المطلوب ، وفي الرهن القانوني يكفي نص القانون حيث لا مستند .

2 – كشف من صورتين به البيانات الضرورية المطلوبة كاسم ، ولقب ، ومحل إقامة الدائن ، وصناعته ، وكذلك بالنسبة للمدين إيضاح ما يشتمل عليه سند الرهن ، وبالنسبة للدين يبين قدره وما يتبعه وموعد حلوله ، وبالنسبة للعقار يذكر موقعه ، وحدوده ، وكل ما يمكن أن يزيده إيضاحًا .

فإن تركت بعض هذه البيانات فما كان إخفاؤه يلحق ضررًا بالغير يكون الرهن لاغيًا ومالا فلا ، ولمن لحقه الضرر إلغاء الرهن فقط .

مسئولية رئيس قلم الرهونات :

رئيس قلم التسجيلات مسئول عن الضرر الذى ينتج مما يأتي :

1 - إهمال نقل التكليف ، أو عدم التسجيل في سجلات الرهن المطلوب منهم ذلك في مكاتبهم .

2 – إهمال إيضاح الرهون التي على العقار المطلوب عنه شهادة بخلوه .

وجزاء ذلك مدني : وهو الحكم بالتعويض لمن لحقه الضرر . وجنائي بالحكم عليه بغرامة من 200 فرنك إلى ألف في أول مرة وفي الثانية رفته ، وتبقى الدعوى ضده مدة 30 سنة ما دام موظفًا ، وعشر سنوات عند ترك الوظيفة .

الموانع التي تحول دون أخذ الرهن : كل دائن له حق الرهن أو حق الامتياز يمكنه عمله في أي وقت شاء ، غير أنه يتحمل نتيجة تأخره عن تسجيله في مواعيده من أن امتيازه ينقلب إلى رهن أو رهنه يسبق برهن آخر الخ . ويستثنى من ذلك حصول واحد من ثلاثة أشياء ، فلا يجوز بعد ذلك عمل رهن ولا امتياز وهي حصول إفلاس أو تصفية بأمر قضائي ، أو حصول قبول الميراث بشرط عمل جرد وحصر لأملاك المتوفى المدين ، أو حصول بيع للعقار المثقل وتفصيل ذلك :

أولًا : الإفلاس أو التصفية القضائية من يوم صدور حكم الإفلاس يقف كل حق رهن أو امتياز على مال المفلس لمصلحة الدائنين ، ولو كان ذلك عمل يوم الحكم مباشرة فهو لاغ ، ولا قيمة له .

وما يتخذ من تسجيل رهونات ، أو حق امتياز في مدة انتظار حكم الإفلاس لعشرة أيام قبل التوقف عن الدفع إلى يوم النطق بحكم الإفلاس ، يكون قابلًا

للإلغاء بطلب السنديك [1] ما دام قد مضى بين تحقيق الرهن أو حق الامتياز وبين تسجيلهما أزيد من 15 يومًا .

ثانيًا : قبول الميراث تحت شرط حصر وجرد تركة المدين المتوفى ، متى قبل الورثة ميراث المتوفى المدين بشرط الجرد والحصر ، فلا يجوز اتخاذ رهن أو امتياز على التركة ، وكل رهن أو امتياز تسجل في المدة ما بين الوفاة ويوم تقسيم التركة فهو باطل .

ثالثًا : بيع العقار المثقل : متى باع المالك عقاره وكان رهنه غير مسجل ، ونقل التكليف باسم المشتري قبل تسجيل الرهن بطل الرهن مطلقًا ؛ لأن العقار وقت تسجيل الرهن لم يكن من أملاك البائع ، ولا يصح رهن ملك الغير إلا في حالتي بيع العقار وبقاء شيء من ثمنه وقسمة الشركاء ، فيجوز تسجيل الرهن وحق الامتياز بعد البيع والقسمة بـ 45 يومًا حتى ولو نقل التكليف باسم المشتري الجديد .

وفي حالة نزع ملكية العقار المثقل قبل تسجيل الرهن أو حق الامتياز ، يجوز تسجيلهما مدة 15 يومًا من تاريخ الحكم بنزع الملكية .

والذى يطبق عليه القواعد السابقة من أنه لا يقبل تسجيل رهن ، ولا حق امتياز بعد حصول أحد الأمور الثلاثة المتقدمة هو الرهن أو الامتياز الذي يصبح نافذًا ويعارض به حقوق الغير ، بخلاف الرهن التحفظي أو التكميلي ، فهو جائز في كل وقت حتى مع حصول حادث من الثلاثة المعدمة ، فلا يقف التسجيل للرهن القانوني للقاصر ، والمحجور عليه ، والمرأة ما دامت متزوجة ، فإن انفصم الزواج فلها سنة وبعدها يقف تسجيل الرهن لحصول أحد الأشياء الثلاثة .

ولا يقف تسجيل محضر المهندس المعماري الثاني ؛ لأنه مكمل للأول ، ولا يقف تجديد الرهن العشري بشرط أن يكون قبل نهاية العشر سنين ، وإلا كان رهنًا جديدًا فيقف ، ولا يقف حق الامتياز لفصل أملاك الوارث من أملاك المورث .

مدة مفعول الرهن المسجل :

القاعدة : أن الرهن أو حق الامتياز بعد تسجيله يمكث عشر سنوات ، ويجب

---

(1) السنديك : Le Syndic كلمة فرنسية بمعنى : وكيل الدائنين ، مأمور التفليسة ، عضو المجلس البلدي في باريس ، مندوب تجاري لجمعية أو شركة .

تجديده قبل نهاية المدة وإلا سقط .

والقاعدة : أن كل رهن أو حق امتياز يحتاج في ترتيب ثمرته عليه إلى تسجيل يجب لحفظه أن يجدد قبل نهاية العشر سنين .

والأشخاص المكلفون بتوقيع الرهن أو حق امتياز للقصر ، أو المحجور عليهم ، أو الزوجة مكلفون أيضًا بتجديده في المدة القانونية .

ويستثنى من قاعدة التجديد قبل نهاية العشر سنين :

أولا : حق امتياز الحكومة ، أو المسموح لهم بتجفيف المستنقحات الناتج عن تسجيل الدكريتوا [1] المصرح بذلك يبقى إلى ما لا نهاية بدون احتياج إلى تجديد .

ثانيًا : الرهن المأخوذ لصالح الشركات العقارية ضمانًا لقروضهم تبقى ما دام القرض بدون احتياج إلى تجديد عشري .

ثالثًا : الرهن المأخوذ لصالح بنوك التسليف الزراعية ضمانًا لقروضهم يبقى مادام القرض بدون احتياج إلى تجديد عشري .

ويجب أن يكون مبدأ العشر سنوات من تاريخ تسجيل الرهن أو حق الامتياز بالنسبة للتجديد الأول . وفي التجديد الثاني يكون مبدؤها من التجديد الأول ومدة العشر سنين محددة لا تمتد لأي سبب ولا يمنع التجديد أي سبب حتى من موانع توقيع الاختصاص الثلاثة السابقة .

فإن جدد الرهن أو حق الامتياز في موعده المحدد حفظ لصاحبه كل حقه الذي اكتسبه من رهنه الأول . فإن لم يجدد بالمرة اعتبر كأنه لم يأخذ رهنًا مطلقًا ، وبطل مفعول رهنه السابق فلا يعارض الدائنين الراهنين ولا الغير .

فإن جدده بعد فوات الوقت أخذ مكانه من تجديده فقط ، فلا يأخذ مكانه السابق ، ولا يكون التجديد بعد فوات الوقت صحيحًا إلا بشرطين :

(1) أن يكون مطابقًا للمادة 2148 .

(2) عدم حصول واحد من الأسباب الثلاثة المانعة من اتخاذ رهن أو حق امتياز .

---

(1) دكريتوا : Décret - Loi كلمة فرنسية بمعنى مرسوم اشتراعي أو مرسوم بقانون .
قاموس المنهل ص 359 للدكتور سهيل إدريس .

فإن لم يجدد البائع للعقار امتيازه بباقي الثمن في المدة القانونية فله التجديد بشرط عدم حصول سبب من الثلاثة ، ويكون امتيازًا حقيقيًا حافظًا حق البائع ضد أي شخص ، ولو كان الغير راهنًا .

ومتى أدى الرهن أو الامتياز ثمرته القانونية فلا يجب تجديده كأن دفع الدين المضمون بالرهن ، أو انتقل الدين إلى مبلغ من المال استوفى الراهن منه حقه من ثمن المرهون .

نتائج تسجيل الرهن وحق الامتياز :

ينتج من تسجيل الرهن شيئان :

1 - حفظ الرهن وجعله معارضًا للغير .

2 - إعطاء الرهن درجته في الامتياز .

وينتج من تسجيل حق الامتياز نتيجة واحدة ، وهي حفظ حق الامتياز وجعله معارضًا للغير ، وأما درجته في الامتياز فهي ناتجة من طبيعته لا من تسجيله ، فإذا لم يسجل الرهن أو حق الامتياز فقد حرم أصحابهما من نتائجهما القانونية ، ولا يعارضان الغير حتى الدائنين العرفيين .

والعين المرهونة كما تضمن دفع رأس المال تضمن كذلك دفع الفوائد المستحقة لغاية وقت تسجيل الرهن في نفس المرتبة ، وأما ما يستحق من الفوائد بعد ذلك فالعين المرهونة تضمن فوائد ثلاث سنين أيًا كانت ، وما زاد فللمرتهن عمل رهن آخر جديد به يأخذ مرتبته في تاريخ رهنه .

ولبائع العقار طريقان لحفظ حقه في باقي الثمن :

الأولى - حق الامتياز على العين المبيعة بمعنى أن له أن يبيعها . ثانيًا ويستوفي ما بقي من ثمنها قبل أي دائن آخر ، والثانية - استرجاع العين المبيعة إلى أملاكه وفسخ البيع كأنه لم يكن .

شطب الرهن :

وشطب الرهن عملية تتضمن التأشير بهامش تسجيل الرهن بسجل الرهونات ، أن هذا الرهن يعتبر كأن لم يكن . وسببه عادة تلاشي الالتزامات لأي سبب . وهو شطب اختياري متى صدر بإرادة الدائن واختياره . ويكون الشطب في إشهاد

رسمي أمام مسجل العقود ، ويشترط في الراهن أهلية التصرف .

وقد يكون الشطب قضائيًا بأمر المحكمة متى رفع المدين أو صاحب المنفعة الأمر للقضاء عند تمسك الدائن بعد شطب الرهن بعد استيفاء كل التزاماته التي من أجلها أخذ الرهن ، والمحكمة المختصة هي المدينة التي يقع في دائرتها العقار إلا في :

1 – في حالة اتفاق الطرفين على محكمة خاصة للفصل في النزاع .

2 – إذا كان الرهن أو الامتياز أخذ بأمر قضائي من محكمة أمرت به فهي المختصة .

ويجب على المحكمة الأمر بشطب الرهن :

1 – إذا كان السند الذي أخذ بموجبه الرهن غير قانوني ، أو أصبح باطلًا ، أو دفع ما به .

2 – إذا كان الامتياز أو الرهن محي أثرهما بالطريق القانوني .

وليكون الحكم بشطب الرهن نافذا يعمل بمضمونه رئيس قلم الرهون ، يجب أن يكون ذلك الحكم نهائيًا غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف .

ونتيجة شطب الرهن اعتبار تسجيل الرهن كأن لم يكن ، بمعنى أنه لا يمس الدين ، فللدائن الحق في اتخاذ رهن آخر يأخذ مرتبته من تاريخ تسجيله .

حصر الرهن :

وهي عملية تتضمن تحديد نتائج الرهن سواء بالنسبة للعين المرهونة ، أو بالنسبة للمبلغ المضمون بالرهن ، وهذا الحصر لا يطبق على الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه والمرأة المتزوجة ، وإنما يطبق على الرهن الاتفاقي .

ويكون ذلك متى كان بعض الأعيان المرهونة تزيد عن قيمة الدين وتوابعه بمقدار الثلث (1) .

بند [44] علانية الرهن والامتياز

التشريع الإسلامي : واجب العلانية في الرهن شرع لصالح الشخص الثالث ،

(1) انظر : البنود من 2134 إلى 2165 في الفصل الثاني من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 172 – 182 .

وقد يجوز لمصلحة طرفي عقد الرهن لعدم الاختلاف مستقبلًا ، وإن كان المتشرعون الإسلاميون وضعوا القواعد ، والأحكام لاختلاف الراهن والمرتهن .

وعلانية الرهن تتحقق بالإشهاد على نفس عقد الرهن ، ومتى تم التعاقد صحيحًا فلا يتم الرهن إلا بالحوز من المرتهن للرهن [1] ، وحينئذ ليس التسجيل من تمام العلانية . غير أن الزمن قد تحول ، وأصبح التسجيل للرهن أدق ، خصوصًا بعد أن أمر ولي الأمر بوجوب تسجيل الرهن العقاري ، فيجب حينئذ تسجيله .

أما الامتياز أيًا كان فأحكامه ثابتة من طبيعة دين الامتياز ، فلا يلزم تسجيله . فقط يلزم تحقق أن للدين صاحب الامتياز المنصوص عليه أحقية تقديمه .

وبما أن تمام الرهن في التشريع الإسلامي يتوقف على الحوز في العقار والمنقول [2] ، فإذا عقد الرهن ولم يتم بالقبض بطل الرهن ، وحاصص صاحب الدين مع الغرماء بلا اختصاص بشيء . ومتى تم البيع وبقي من الثمن شيء فلا يمتاز البائع عن بقية الغرماء إلا في حالة الإفلاس ، أو حالة الشرط بينهما بذلك كما سبق توضيحه في الإفلاس والامتياز فارجع إليه . وامتياز القسمة ثابت من غير تسجيل متى وجدت القسمة . وامتياز مهندس المباني وعامل البناء لا يجب تسجيله ، ولكن يجب إثباته فقط . وامتياز فصل أملاك الوارث عن تركة مورثه لا يحتاج إلى تسجيل ، فيكفي في إثبات التركة وقيمتها البينة ، ويكون على الوارث من ديون التركة قيمة ما أصابه منها . وقد سبق تفصيل ذلك كله [3] .

وقد سبق أن الرهن القانوني للقاصر ، والمحجور عليه ، والمرأة المتزوجة ليس موجودًا في

---

(1) قاعدة : علانية الرهن تتحقق بالإشهاد على نفس عقد الرهن . ولا يتم الرهن إلا بالحوز من المرتهن للرهن . وقد سبقت الإشارة إلى اختلاف العلماء في اشتراط قبض المرهون للزوم الرهن وتمامه ؛ فذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى اشتراط القبض للزوم الرهن ، طبقا لما فهموه من قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ حيث وصفت الرهان بأنها مقبوضة ، وإذا لم يشترط القبض لم يبق للوصف فائدة . أما المالكية فذهبوا إلى لزوم الرهن بدون قبض ، ويطالب به المرتهن .

(2) ولا يتم الرهن إلا بالقبض . الشرح الصغير (124/3) .

(3) يقول ابن عبد البر : « ولا يصح الرهن إلا مقبوضا محوزًا ، ومن شرط الرهن اتصال حيازته ، وقبضه . ومن ارتهن رهنا ثم رده إلى ربه بعارية أو غيرها وخلى بينه وبين لبسه ، أو أن يركبه ، أو يسكنه بطل الرهن .. ويحتاج عند الموت والفلس مع إقرار الراهن والمرتهن جميعا إلى شهود يشهدون بالقبض » . الكافي لابن عبد البر ص 410 ، 411 ، وراجع الشرح الصغير جـ 3 ص 122 وما بعدها .

التشريع الإسلامي ؛ لأن ضمان مال القاصر والمحجور عليه في مال الولي ، أو الوصي ، أو القيم يحاصص مع الغرماء . والمرأة المتزوجة لا رهن لها لانفصال الزوجين في المال انفصالًا تامًّا بلا سلطان للزوج على زوجته في مالها فهو أجنبي منها في ذلك . وقد سبق أننا استحسنا الرهن القانوني على أملاك الوصي والقيم لصالح عديم الأهلية . وحينئذ لو صدر تشريع بذلك ففيه إصلاح وحفظ لمال عديمي الأهلية يتطلبه الشرع الإسلامي . وقد جاء في سورة النساء : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ (1) وإن الوازع الديني أشد من وازع القانون فهو يتسيطر على القلوب في خفايا الجوانح ، والقانون الظاهر يتحكم فيما يظهر ، ولذا تتحايل الناس على انتهاك حرمته وسيأتي الوقت للعمل بهذا المبدأ القويم لإصلاح المعاش .

أما طرق التسجيل ، وما يجب تقديمه من المستندات لقلم الرهون فهذه طرق إدارية لتنفيذ قانون التسجيل ، وليست أحكامًا تطبق على حوادث يتطلب الخصوم الفصل في منازعاتهم في الموانع التي تمنع أخذ الرهن .

ويحق للدائن طلب رهن أو كفيل توثقًا من مدينه للوفاء بالتزاماته ، ولا ينقلب الامتياز إلى رهن ؛ لأن الفرق بين الرهن والامتياز أن الرهن لا يتم إلا باستيلاء المرتهن على الرهن ، فطبيعة وجود الرهن تقضي بالاستيلاء على العين المرهونة . أما الامتياز فيرجع إلى طبيعة الدين فهو كرهن ضمني مفهوم من وضع صاحب الامتياز مكانه .

وإلى أن يحصل مانع من الموانع الآتية ، يصح الرهن ، ومتى حصل مانع فلا يصح الرهن وذلك :

أولًا : الإفلاس (2) فمتى أفلس بطل تصرفه المالي ، ولو كان معاوضة بلا محاباة ، كما قال ابن عبد السلام (3) : « أو وقف على نظر الحاكم إمضاء وردًّا ،

---

(1) سورة النساء آية : 10 .

(2) يبطل الرهن بحصول مانع كموات الراهن ، أو فلسه ، الشرح الصغير (125/3) .

(3) ابن عبد السلام هو أبو منصور عبد الله بن محمد بن أبي الحسن علي بن هبة الله بن عبد السلام البغدادي ولد في ربيع الآخر ، أو جمادى الأولى سنة ست وخمسمائة .

سمع من أبي القاسم بن بيان ومن أبي علي بن نبهان ، وحدث عنه الشيخ موفق الدين المقدسي ويوسف بن خليل ، وقال عنه الحافظ ابن النجار : كان شيخًا نبيلًا وقورًا من ذوى الهيئات وأولاد الرؤساء والمحدثين ، وتوفي في التاسع من ربيع الأول سنة تسع وثمانين وخمسمائة . سير أعلام النبلاء 408/15 ، 409 .

أو على نظر الغرماء خلاف » والظاهر الأخير ؛ لأن صاحب الحق في الوفاء من مال المدين هو الغريم ، فلو أن مدينه رهن عينًا نظير دين فصاحب الحق في طلب بطلان الرهن هو الدائن .

وكذلك الحكم إذا أمر القاضي ببيع مال المدين وتصفية تركته . غير أن الحكم ببيع مال المدين إنما يأتي بعد الحكم بالإفلاس لمن أحاط الدين بماله بشروطه المعلومة في الإفلاس .

وأما قبول الميراث بشرط حصر أو جرد فليس في التشريع الإسلامي ؛ لأن القاعدة الأساسية العامة أن سداد دين التركة يكون بقدر الميراث فقط ، إلا أن يتبرع الوارث بسداد الدين من ملكه الخاص فذلك له .

ثانيًا : بيع الرهن قبل قبضه ، فمتى بيع بطل الرهن [1] . ولو باع الراهن الرهن قبل قبضه مضى بيعه ، وإن كان لا يجوز إن فرط المرتهن في طلبه . وإن لم يفرط فهل يمضي بيعه ويكون الثمن رهنًا في الدين أو لا يمضى ؛ بل يرد ويكون رهنًا في الدين ؟ قولان . ولابن رشد [2] : أنه ليس للمرتهن رد بيع الرهن ، وإنما له فسخ بيع سلعته ؛ لأنه باعها على شرط الرهن لشيء بعينه ، فلو باع رهنه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة ، أو قيمتها إن كانت هالكة [3] .

وليس هناك رهن تحفظي إلا في المبيع نظير ثمنه أو باقي ثمنه ، فيصح ولو أحاط الدين بمال المشتري أو حكم بإفلاسه . وأما الرهن التكميلي فلا يجوز من شخص أفلس ، أو منع من التصرف ؛ لأن هذا يضعف قدرة الأداء لبقية الدائنين وهو لا يجوز .

وليس هناك رهن قانوني للقاصر والمحجور عليه ، والمرأة المتزوجة كما سبق .

ولا يشترط تجديد الرهن العَشْري ، يعني بعد عشر سنين بل متى حفظ الرهن عند المرتهن أو عند أمين ، فيبقى حق أن يوفي الدين أو يباع للوفاء منه ، فلا يسقط

---

(1) قاعدة : إذا بيع الرهن قبل قبضه بطل الرهن .

(2) ابن رشد هو : محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة ، من أعيان المالكية ، وهو جد الفيلسوف ابن رشد ، توفي سنة 450 هـ بقرطبة من تصنيفه : البيان والتحصيل ، المقدمات والممهدات . انظر : الأعلام 216/5 .

(3) يقول ابن عبد البر : « من اشترط في بيعه رهنا مطلقا بغير عينه ، فامتنع المشتري من دفعه إليه ، فالبائع بالخيار في إمضاء البيع بغير رهن وفي فسخه .. » الكافي ص 411 .

الرهن طال أو قصر الزمن ، ولا يجب تسجيله ولا تجديده [1] .

نتائج تسجيل الرهن وحق الامتياز :

لا يشترط المشرع الإسلامي تسجيل الرهن ، بل أوجب وضع الرهن تحت يد المرتهن أو تحت يد أمين ، وذلك بمنزلة تسجيل الرهن ، فلو ترك الرهن للراهن ، وجالت يده فيه بطل الرهن .

وتضمن العين المرهونة رأس المال ، وهو الدين المأخوذ فيه الراهن دون الفوائد ؛ لأن الفائدة محرمة في التشريع الإسلامي ، وتضمن ما أنفق على العين المرهونة لحفظها متى كان مشترطًا ذلك ، وأما ما كان لبقائها فإن الرهن ضامن لذلك أيضًا .

ولبائع العقار اشتراط رهنه نظير ثمنه بشرط أن تبقى العين تحت يد المرتهن . فإن أتى بالثمن فبها ، وإلا فللبائع الحق في بيعها وقضاء دينه منها أو فسخ بيعه ، كما قال ابن رشد .

شطب الرهن :

شطب الرهن يكون بتنازل المرتهن عن الرهن وتسليمه للراهن إما لسداد الدين ، وإما لتنازل المرتهن عن الرهن من تلقاء نفسه . والذي يملك التنازل عن الرهن هو من يملك حق التصرف شرعًا . وليس التنازل عن الرهن دليلًا على قضاء الدين ، فيجوز للمرتهن طلب رهن آخر يطمئن إليه غير هذا الرهن .

حصر الرهن :

يجوز للراهن طلب حصر الرهن من المرتهن في شيء معين يفي بقيمة الدين ، فإن لم يقبل ترافعا للحاكم ، فإن رأى أن الرهن يفيض عن الدين بشيء له قيمته أمر المرتهن بحصر دينه ، وتسليم الراهن الباقي إن كان يمكن فصله ، وإلا جاز للراهن التصرف في الجزء الزائد بما لا يضر بالرهن .

---

(1) يقول ابن رشد : « أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه للسلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ... » بداية المجتهد جـ 2 ص 275 ، 276 . وقد تقدمت الإشارة إلى أن التسجيل لا يشترط في الرهن في العقار لعدم قيام نظام الشهر العقاري قبل العصر الحديث .

(نتيجة المقارنات من بند 33 إلى نهاية بند 44)

يتفق التشريعان في الآتي :

حق الامتياز لبائع العقار (في الجملة) ، امتياز المقاسم (الشريك) ، امتياز المهندسين والمقاولين ، الرهن العقاري ، الأملاك القابلة للرهن ، الرهن العقاري الاتفاقي ، الرهن القضائي ، الموانع التي تحول دون أخذ الرهن ، أخذ الرهن ، شطب الرهن .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

امتياز فصل أملاك الوارث عن أملاك مورثه ، الرهن القانوني ، الرهن القانوني للمرأة المتزوجة ، الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه ، تسجيل الرهن وحق الامتياز ، مدة مفعول الرهن المسجل .

بند [45] نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة للمدين

القانون الفرنسي : في الظاهر الرهن وحق الامتياز لم يغيرا شيئًا من حقوق المالك الراهن ؛ لأن له حق الانتفاع بالعين المرهونة ، وله حق التصرف فيها بثمن وبغير ثمن ، ولكن في الحقيقة الرهن وحق الامتياز قد أصابا المالك في ملكيته وحدًّا من تصرفاته ، وأصبح متعينًا عليه مراعاة الحق المتعلق بالعين المرهونة قبل أي تصرف فيها سواء في حق التصرف ، أو في حق التمتع . وينتج عن حق الامتياز والرهن ما يأتي :

أولًا : تحديد حق التمتع : يظهر تحديد حق التمتع في جني الثمرات ، وفي التنازل عن الإيجار والمزارعة ، وفي التعاقد للإيجار ، وفي قطع الأخشاب .

1 - **حق جني الثمرات** : يكون عادة لمالك العين المرهونة جني ثمارها ، والانتفاع بها والتصرف فيها كما يشاء ما دامت الثمرات لم تلحق بالعقار بعد حجز عقاري ، ومتى حجز عقاريًا التحقت الثمار بالعقار ، ووجب عدم التصرف فيها إلامع التصرف في العقار نفسه .

2 - **تنازل عن الإيجار والمزارعة** : إذا كان الإيجار والمزارعة لأقل من ثلاث سنين فهي تعارض الدائن المرتهن حتى ولو كان ذلك بعد تسجيل الرهن ، فعلى هذا الأساس حق المالك لم يمس بشيء ، لكن التنازل عن الإيجار والمزارعة لا يكون معارضًا للدائنين إلا إذا قبله ، أو أعلن به نفس المدين قبل وقت إلحاق الثمرات بالعقار .

فإن كان الإيجار والمزارعة لمدة ثلاث سنين فأكثر ، فلا تعارض الدائن المرتهن ، ولا صاحب الامتياز إلا إذا كانت مسجلة قبل تسجيل الرهن أو الامتياز طول المدة .

فإذا قبل ذلك المدين في عقد رسمي ، أو بلغت إليه رسميًا قبلت معارضتهما في أقل من ثلاث سنين .

وهذا التفصيل يسري في المخالصة المعطاة من المدين إلى المستأجر أو المزارع .

3 - **تجديد عقود الإيجار من المدين** : عقود الإيجار المعطاة من المدين تعارض الدائن المرتهن إذا كانت لا تزيد عن 18 عامًا بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل إعلان الحجز العقاري وإلا كانت قابلة للإلغاء .

فإن كان لأزيد من 18 عامًا فلا يعارض الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلًا قبل

إعلان الحجز وقبل تسجيل الرهن ، وإلا فلا يعارض الدائن المرتهن إلا في 18 عامًا إذا كان ثابت التاريخ قبل الإعلان .

4 - **تقليم الأشجار** : يجوز للمدين تقليم الأشجار حسب العادة سنويًا ، وإن تعدى بما يلحق ضررًا بالدائن ، فلهذا منعه بكل الطرق القانونية .

ثانيًا : تحديد حق التصرف : للمدين التصرف في عقاره المرهون بالتمليك للغير بمقابل وبلا مقابل ؛ لأن هذا لا يضر بحق الدائن المرتهن؛ لأن له حق متابعة العقار بحقه أيًا كان ، وذلك ما لم يحجز على العقار ويسجل الحجز ، وإلا كان كل تصرف في العقار بعد ذلك باطلًا أصالة بدون احتياج إلى حكم الإلغاء ، ولكن هذا نتيجة لطرق التقاضي لا للرهن .

وليس للمدين ترتيب حق انتفاع للغير على عقاره المرهون بعد الرهن . فإذا فعل وبيع العقار المرهون بيع على أنه خالٍ من كل حق عيني عليه غير الرهن . وليس له هدم الرهن العقار ، ولا فصل المنقول الذي جعل تابعًا للعقار وقسمًا منه .

نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة إلى الدائنين الآخرين أو حق الأفضلية :

حق الأفضلية صفة تعطى لأحد الدائنين المرتهنين أو من لهم حق الامتياز ، ليكون مقدمًا على الدائنين الآخرين في الدفع إليهم من ثمن البيع :

أولًا : مرتبة أفضلية الدائنين المرتهنين ، أو من لهم حق الامتياز ، أو المرتهنين حسب القاعدة العامة ، ويمكن وجود التنازع بين :

1 - دائنون ممتازون على عقار : فإن كان حق الامتياز لهم على العقار عامًا ، أو كان لأحدهما عامًا ، وللآخر خاصًا فقد تقدم حكمهما .

وإن كان للدائنين حق الامتياز الخاص على العقار ، ففي البائعين للعقار الممتازين بباقي ثمن العين يوفي الأول ، ثم الثاني ، ثم الثالث وهكذا . وفي بائع ، ومقتسم قدم البائع على المقتسم . وفي بائع ، ومقتسم ، ومهندس معماري ، قدم المهندس المعماري فيما زاد على العقار من قيمته بعد التعمير .

2 - دائنون ممتازون ، ودائنون مرتهنون ، فبين مرتهن وممتاز امتيازًا عامًا قدم صاحب الامتياز العام . ومع ذلك فإن كان الرهن لمالك العقار الأول فهو مقدم

على صاحب الامتياز العام ، وبين الدائن والمرتهن والممتاز خاصًا ، قدم الممتاز امتيازًا خاصًا بشرط أن يكون مسجلًا مع مراعاة الشكل والمدة القانونية ، وإن الامتياز يقدم عليه الرهن متى كان من المالك للعقار ، أو من نفس المرتهن .

3 - دائنون مرتهنون : القاعدة الأساسية أن يقدم الأسبق تاريخًا لتسجيل الرهن بسجل الرهونات ، ثم من بعده ، وهكذا . فإن اتحد التاريخ اقتسما بدون أفضلية حسب قدر الدين . ولا عبرة بالساعة . فإن كان الرهن لحساب جار في البنك ، وتسجل فيأخذ مرتبته من يوم تسجيله لا من يوم استلام القرض ، فإذا كان الرهن القانوني على أملاك مدين مستقبلة اعتبر الرهن المسجل أولًا في الأفضلية .

قواعد خاصة للرهن القانوني : الرهن يكون مرتبًا حسب تواريخ تسجيله متى كان غير قانوني ، فإن كان قانونيًا كالرهن من وصي القاصر ، أو ولي المحجور عليه ، أو زوج المرأة المتزوجة ، فله قواعد خاصة تكون الأفضلية فيها حسب نص القانون :

أولًا : رهن قانوني لقاصر والمحجور عليه : إن رهن القاصر والمحجور عليه يأخذ تاريخًا واحدًا معينًا ، وهو يوم ابتداء مسئولية الوصي أو القيم ، حتى إذا كان الدين لم يوجد بعد ، وتجدد يوم الرهن يختلف باختلاف التعيين والحضور والغيبة .

ثانيًا : رهن المرأة المتزوجة : للمرأة ثلاثة أقسام من الذين لهم رهن قانوني محدود :

1 - مهر واتفاقات خاصة بالزوجية ، والمراد بالمهر كل ما حملته المرأة إلى زوجها وكان له قيمة ، وأباح القانون لها استرداده عند انحلال الزوجية ، ووقت الرهن من وقت عقد الزواج .

والمراد باتفاقات الزوجية الامتيازات المختلفة الممنوحة للزوجة بنص القانون ، أو بالاتفاق الحر ، والتي تجعل للزوجة التزامًا ضد زوجها منذ إعلان الزواج ، كحق أفضليتها بعد الزواج .

ورتبة الرهن ترجع إلى يوم عقد الزواج .

2 - ديون لأجل هبة وميراث : مادة هذه الديون الهبة التي أعطيت للزوجة والميراث الذي عاد إليها ، فللزوج إدارة هذه الأملاك والتمتع بها فما كان يستهلكه بالاستعمال ، وما تلف بخطأ من الزوج يكون محلًا لضمانه عند وجوب إرجاعها للزوجة .

وترتيب رهن المرأة لهذه الأملاك يرجع في الميراث ليوم فتح التركة ، وتوريثها وفي الهبة ليوم حصول العقد بها إذا كان بدون شرط أو يوم حصول الشرط .

3 - مديونية لأجل دين متعاقد عليه أو ثمن تمليك شيء خاص ، ومادة هذه المديونية أن تتعاقد الزوجة على دين لمصلحة زوجها ، أو لهما معًا ، أو يبيع الزوج شيئًا من أملاكها الخاصة . ومرتبة هذا الدين ترجع إلى يوم الالتزام لا يوم البيع بشرط أن يكون ثابت التاريخ .

وتوجد حالات أخرى كثيرة لم يحدد القانون متى يبتدى الرهن القانوني على أملاك الزوج لصالح زوجته ، كالتعويض عند بيع عين من المهر ، أو عند خطأ فاحش في إدارة أملاكها إلخ .

يقول المتشرعون : « من يوم الزواج تكون مرتبة الرهن القانوني في هذه الأشياء ، وهو الأصح » . وقال علماء القانون : « من يوم ولادة الدين في ذمة الزوج ووجوبه ، أو من يوم إدارته للأملاك أو من مسئوليته » .

بند [46] نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة للمدين

التشريع الإسلامي : في الظاهر الرهن والامتياز قد غيرا حقوق الملكية؛ لأن المالك للعين التي لم ترهن يباشر حقوقه على هذه العين بكامل أنواع التصرفات من بيع ورهن وغيرها ، ولكن المالك للعين المرهونة قد نزعت من تحت يده وسلمت للأمين ، أو للمرتهن تحت حيازته وللحائز أن يتصرف فيها استغلالا للمالك تحت إشرافه .

وليس للراهن التصرف في الرهن مدة رهنه فإن باعه قبل قبضه مضى [1] ، وإن كان لا يجوز إن فرط المرتهن في طلبه . وإن لم يفرط فهل يمضي ويكون الثمن رهنًا أولا يمضي ، وللمرتهن رده ؟ خلاف .

وإن كان التصرف في الرهن من الراهن بعد قبضه ، فإن كان بمثل الدين فأكثر صح ، والدين عين أو عرض من قرض وإلا فله الرد ، وإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

---

(1) طبقا لرأي جمهور الفقهاء الذين يشترطون القبض للزوم الرهن ، خلافا للمالكية الذين ذهبوا إلى لزوم الرهن بمجرد العقد ، حتى يجبر الراهن على تسليم المرهون للمرتهن . وقد تقدمت الإشارة إلى هذا الخلاف وأساسه .

حق جني الثمرات : ثمار الرهن إما أن تكون مشروطة أم لا ، فإن كانت مشروطة للراهن وهو المدين مثلًا كان له حق أخذها ، وإن كانت مشروطة للمرتهن أي تدخل في الرهن فتكون رهنًا يعمل به أيضًا . وإن لم تكن مشروطة فلا يخلو حالها ، إما أن تكون تامة وقت الرهن كصوف على ظهر غنم ، فإنها تدخل ضمن الرهن ، فإن لم يتم فللراهن أخذه بعد تمامه .

واندرج في الرهن جنين وقت الرهن وبعده وفرخ نخل ، ولا يندرج بيض ولا غلة كأجرة دار أو حيوان ، ولا ثمرة على رءوس الشجر ولو طابت وقت الرهن ، فيجوز للراهن أخذ الثمار والغلة للعين المرهونة حتى يقرر القاضي ، أو من يملك حق البيع بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، ومتى تقرر البيع فلا حق للراهن في شيء من ذلك [1] .

الإيجار والمزارعة : رهن العين المؤجرة والمزروعة مزارعة جائز أيًا كان نوع العقد،لأن المرتهن لا يملك شيئًا غير حفظ العين المرهونة لوفاء دينه . ويشترط في رهن العين المؤجرة أو المزارعة ألا تكون مدة عقد الإيجار أو المزارعة تزيد على مدة الرهن ؛ لأن هذا يضر بالمرتهن ، وبحق الرهن في العين المرهونة .

والذي يتولى الإيجار وتجديد عقود الإيجار هو المرتهن بإطلاع الراهن ، ويتولى تحصيل الأجر ويسلمه له ، وليس للمالك أن يتولى ذلك ، فإن تولاه بإذن المرتهن بطل الرهن ، وإن تولاه بغير إذنه فله المعارضة فيه ورده مطلقًا طال أو قصر .

تقليم الأشجار : الذي يتولى تقليم الأشجار وخدمتها المرتهن على حساب الراهن ولحسابه ، وليس للراهن حق التصرف بمقابل وبلا مقابل في الرهن إلا بإذنه ، فإن أذن المرتهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، أو حق الأفضلية :

لمعرفة من يقدم من الدائنين الممتازين على عقار ، والدائنين الممتازين مع المرتهنين ، والدائنين المرتهنين . يراجع ما سبق ففيه الكفاية .

الرهن القانوني : سبق أن أبنَّا أن الرهن القانوني غير موجود في التشريع الإسلامي

(1) يقول ابن رشد : « اختلف الفقهاء في نماء الرهن المنفصل مثل الثمر في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا ؟ فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن » . وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل في الرهن . بداية المجتهد جـ 2 ص 276 . الشرح الصغير جـ 3 ص 128 ، 129 .

وحبذنا وجوده ؛ لأنه من المصالح العامة ، ولا يتعارض مع التشريع ، ويكون خاصًا بالوصي والولي على عديم الأهلية ، وأما الزوجة فهي صاحبة التصرف المطلق في أملاكها بدون مسئولية الزوج عن شيء .

بند [47] نتائج الامتياز والرهن

بالنسبة للغير أوحق متابعة العقار

حالة الغير واضع اليد على العقار المرهون :

القانون الفرنسي : إن مشتري العقار المرهون لا يتحمل دين مالك العقار البائع ، وإنما يبقى مسئولًا في دينه . غير أن الرهن من الحقوق العينية التي تلازم العقار أيًّا كان ، فيتحمل مشتري العقار الحقوق العينية المترتبة من المالك قبل البيع ، كحق الارتفاق والرهن وحق المرور إلخ . وللمرتهن الحق في تحقيق ثمرة الرهن على العقار المرهون بين يدي أي شخص ، وهذه هي الصفة التي تسمى حق متابعة العقار .

وشرط استعمال حق متابعة العقار في الرهن ، وحق الامتياز مشروط بأن يكون الرهن وحق الامتياز عُمِلا علنًا طبقًا للقانون ، وتسجلا قبل نقل تكليف الملكية للمشتري .

طرق تجنب الحجز : للغير واضع اليد تجنب الحجز باستعمال الطرق الآتية :

أولًا : للغير واضع اليد معارضة الراهن الذي يريد حجز العقار وبيعه بالضمان ، وذلك بفرض أن المرتهن أصبح ضامنًا للبيع ، وما دام المرتهن ضامنًا فلا يمكنه أن يحدث للغير واضع اليد اضطرابًا لا في وضع اليد ، ولا في التمتع . وهذه الطريقة قليلة الحصول ، وقد تأتي فيما إذا ورث المرتهن البائع أو بالعكس .

ثانيًا : مزية تقديم أملاك المدين المرهونة أولًا ، وذلك أن واضع اليد على العقار المرهون يعارض المرتهن في وجوب مقاضاة الراهن فيما تحت يده من عقار مرهون أيضًا أولا وهذا يفرض :

(1) أن الدائن له رهن عام .

(2) أن الغير واضع اليد ليس ضامنًا شخصيًّا في الدين المضمون بالرهن .

(3) وجود عقار آخر مرهون لنفس هذا الدين تحت يد الراهن ، أو الراهنين الأصليين .

ولا يعارض بهذه المزية إلا الدائن الذي له رهن عام ، فيدخل الرهن القانوني والقضائي ، ولا يمكن أن يعارض به إلا الغير واضع اليد الذي ليس ضامنًا في الدين شخصيًا ، ويجب أن يكون تحت يد المدين الأصلي عقار آخر مرهون في هذا الدين .

ويلزم إثارة هذه المعارضة في أول نظر القضية ، وبيان باقي العقارات المرهونة وحدودها ، ودفع ما تكلفه من مصاريف الدعوى .

ثالثًا : الدفع . للغير واضع اليد أن يتجنب نزع ملكية عقاره المرهون ، بدفع مال الرهن ، وفوائده ، ومصاريف تسجيل الرهن ، فإن تساوى الدين وتوابعه والثمن برئت ذمة المشتري من ثمن البيع إليه ، وإن زاد الثمن عن الدين ، وجب على المشتري دفع ما زاد من الثمن للبائع ، وإن نقص الثمن عن الدين فدفعه المشتري جميعه رجع على البائع بما زاد ، وإن دفع الثمن فقط وبقي من الدين شيء للمرتهن وضع العقار في المزاد العلني لاستيفاء باقي مطلوبه .

رابعًا : الترك ، وهو ترك الدائن المرتهن يسير في حجز العقار واستيفاء حقه من الثمن تحت إشراف وكيل تعينه المحكمة لذلك ، وهذا أفيد للغير واضع اليد من وجوه :

1 - تجنب ظهور اسمه كمدين أو محجوز عليه عقاريًا فيؤثر على سمعته .

2 - يمنع عنه كل مسئولية في إدارة العقار المحجوز عليه .

3 - تسمح له بالدخول في المشتري بالمزاد العلني ، فتحفظ له ملكية العقار .

ويبقى العقار على ملكية الغير التارك المذكور حتى تتم المزايدة ، ويرسي العطاء على المشتري له . ويشترط في صحة الترك :

1 - كون التارك أهلا للتمليك .

2 - أن لا يكون ضامنًا شخصيًا في الدين المضمون .

والترك يصح إلى حكم مرسى المزاد ، ويكون بإشهاد في قلم كتاب المحكمة التي أمامها النزاع .

خامسًا : تطهير العقار : وهي طرق نظمها القانون لصالح متملك العقار لتنظيفه من الرهن ، وحق الامتياز . وهو قسمان : مطهر عادي ، ومطهر خاص .

التطهير العادي : وهي طريقة لوضع مشتري العقار المرهون دائني البائع المرتهنين ،

أو أصحاب حق الامتياز بين أمرين ، إما قبول ثمن المشتري وإما وضع العقار المرهون في المزاد مع التعهد بقبول زيادة في الثمن $\frac{1}{10}$ من الثمن على أن يكون قبول أحد الأمرين مطهرًا للعقار المرهون من جميع الحقوق العينية .

وهذا ملزم للدائنين الذين استحق دينهم ، والذين لم يستحق دينهم على حد سواء ، وبه يتلاشى الالتزام الذي نتج عنه الدين المضمون .

ويجب فيمن يطلب تطهير العقار أن لا يكون ملزمًا شخصيًا بالدين ولا ضامنًا في الرهن .

وقد يكون البيع نفسه مطهرًا للعقار من الرهن بدون التجاء إلى عملية تطهير العقار ، وذلك فيما إذا أعطى للعقار ثمنه الحقيقي ، بحيث لو وضع في مزاد علني لما زاد عن الثمن المذكور ، وذلك البيع في المواضيع الآتية :

1 - المزايدة بعد وضع العقار في المزاد العلني سواء في مواجهة واضع اليد ، أو من تعينه المحكمة بدله عند ترك العقار ، فمتى تم البيع على هذه الصفة تطهر العقار من أي حق للغير .

2 - المزايدة بعد الحجز بشرط إنذار الدائن المسجل لدينه وبرضاه .

3 - المزايدة العامة على $\frac{1}{6}$ بعد المزايدة في أملاك القاصر .

4 - المزايدة العامة على $\frac{1}{10}$ بعد وضع العقار في المزاد للمفلس بناء على طلب السنديك .

5 - حكم نزع الملكية للمنافع العامة ، حيث إن الدائنين عندهم ضمان كاف لحفظ حقوقهم وهم المحلفون .

والتمليك الذي لا يحمل تطهيرًا للعقار وحده هو كل بيع يمكن أن يلحق الدائنين فيه غبن في تقدير الثمن ، وذلك في البيع بطريق الممارسة والاتفاق ، والمزايدة في أموال القاصر ، والمزايدة في المشاع .

وما دام ممتلك العقار المرهون لم يعلن بدفع الدين المضمون بالعقار ، أو بترك العين المرهونة ، فليس له ميعاد محدد لتطهير العقار المرهون ، ولكن مادام أعلن فله من هذا التاريخ ثلاثون يومًا .

ويجب على مشتري العقار تسجيل سند ملكيته في سجل الرهونات ، ثم يعلن الدائن المرتهن بواسطة محضر ليضعه في موضع الاختيار إما قبول الثمن ، وإما وضع العقار في المزاد . ويشمل إعلان الدائن ملخصًا من حجة الملكية موضحًا به اسم المالك ، والعقار ، والبيع ، والثمن إلخ ، ومعه شهادة من قلم الرهون تدل على أنه سجل سند ملكيته ، ومرفق به كشف بالرهن وتاريخه وتسجيله ، وقيمة المطلوب به ، وتصريح بما يطلب المشتري عمله مع المرتهن من دفع وعلى أي أساس إلخ .

وللمرتهن الدائن الحق في قبول الثمن ، أو وضع العقار المرهون في المزاد العلني في مدة أربعين يومًا من تاريخ إعلانه على يد محضر ، والقبول إما صراحة ، وإما ضمنًا بترك الأجل يمر .

وهل حكم مرسى المزاد ينقض البيع ويعود للماضي ، بمعنى أن تصرفات المشتري قبل حكم مرسى المزاد تنقلب باطلة ، قال بذلك المتشرعون ، أو لا يعمل بها من تاريخ صدور حكم مرسى المزاد قال بذلك علماء القانون .

تطهير الرهن القانوني :

وهي طريقة لتنبيه صاحب الرهن القانوني الغير مكلف بتسجيل رهنه ، بأن يسجل رهنه في مدة معينة ، وإلا سقط حقه .

وعليه أن يسجل عقد الملكية ، وأن يودعه بقلم كتاب محكمة العقار ، وأن يعلن بذلك المرأة المتزوجة ، وممثل القاصر والنائب العام ، ولصق مختصر من سند التمليك في صالة المحكمة المختصة لمدة شهرين .

ويجب على الدائن أن يسجل رهنه في مدة شهرين من تاريخ لصق مختصر سند الملكية ، ويقوم به من يجب عليهم التسجيل للزوجة والقاصر والمحجور عليه .

فإن تسجل الرهن في المدة القانونية حفظ حق الدائن في الأفضلية ، وفي حق متابعة العقار ، فإن لم يسجل حفظ الرهن حق الأفضلية دون حق متابعة العقار بشرطين :

1 - أن تكون مراتب الرهن فتحت في مدة ثلاثة أشهر بعد مضي الشهرين السابقين .

2 - أن يقدم الدائنون المرتهنون في مدة 40 يومًا من تاريخ نظر ترتيب

مستنداتهم [1] .

بند [48] نتائج الامتياز والرهن بالنسبة للغير ، أو حق متابعة العقار

التشريع الإسلامي : إن مشتري العين المرهونة لا يتحمل دين الرهن إلا بقدر ثمن العين المبيعة ، فإن باع الراهن بعلم المرتهن صح البيع وتعجل دينه مطلقًا ، وإن باع بغير علمه فللمرتهن متابعة العين المرهونة واستردادها لتبقى رهنًا ، كما له جعل الثمن رهنًا بدل العين قولان .

ولا يجوز للراهن ترتيب حقوق عينية على العين المرهونة بغير إذن المرتهن [2] ؛ لأنه يضعف قيمة العين المرهونة فلا تفي بالدين ، فإن كانت الحقوق العينية مترتبة قبل الرهن فلا كلام للمرتهن ، فتبقى هذه الحقوق كاملة على العين المرهونة .

وشرط استعمال حق متابعة العقار أن يتم الرهن بين الطرفين إيجابًا وقبولًا ، فيلزم الرهن بالصيغة ، وللمرتهن مطالبة الراهن بالعين المرهونة ، ويقضى له بها ولا يتم إلا بالقبض ، وقبل القبض يكون أسوة بالغرماء ، وبعد القبض يختص به المرتهن حتى دون تجهيز الراهن المتوفى .

وعند تصرف الراهن في الرهن ببيع فعلى المشتري من الراهن ، إما دفع الثمن للمرتهن ، وإما تسليم عين الرهن إليه ، فإن دفع الثمن إلى الراهن فلا شأن للمرتهن بذلك ، وللمشتري الحق في الرجوع على بائعه وهو الراهن بما دفع ، وعليه دفع الثمن للمرتهن ، وإلا سلم العين المرهونة إليه .

وبما أن العين المرهونة يجب أن تكون تحت يد المرتهن ، فلا يمكن طلب تقديم أملاك المدين المرهونة أولًا .

فإن دفع المشتري الثمن للمرتهن ، فإن كان الثمن مثل الدين برئت ذمة الراهن والمشتري .

---

(1) انظر : البنود من 2166 إلى 2179 في الباب السادس ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 182 – 186 .

(2) قاعدة : لا يجوز للراهن ترتيب حقوق عينية على العين المرهونة بغير إذن المرتهن . وقد تقدمت الإشارة إلى أن حق الراهن في التصرف في ملكه مقيد بعدم الإضرار بحقوق المرتهن .

وإن كان الثمن أقل من الدين فإن قبله المرتهن جاز له الرجوع بما بقي على مدينه ولا شيء على المشتري ، وإن لم يقبله المرتهن كان له أخذ العين المرهونة لبيعها بالمزاد العلني . وإن كان الثمن أكثر من الدين دفع الدين للمرتهن ، ودفع ما زاد عنه إلى الراهن وهو البائع .

فإن سلمه للمرتهن رجع المشتري على الراهن البائع بما أدى له من الثمن .

تطهير العقار : أي جعل العقار خاليًا من الرهن والامتياز ، وطريقه أحد أمرين : إما الوفاء بالالتزام الذي كان سببًا في الرهن ، فتخلص العين المرهونة من الرهن ، وإما بيعها علنًا بالمزاد فيشتريها المشتري خالية من كل حق للغير ، فإن كان على العين رهن فمتى بيعت العين المرهونة تفك رقبتها من الرهن ويسدد الراهن الأول ، وما بقي للراهن الثاني وهكذا [1] .

ومتى بيعت العين المرهونة تعجل الدين المؤجل واستوفي من ثمنها [2] .

وما جاء في هذا الباب هو من قبيل الإجراءات التي عملت لها لوائح وأوامر لتنظيمها ، وهي لا يأباها التشريع الإسلامي بشرط أن يأمر بها ولي الأمر ، وهي طرق يراد بها حفظ حقوق الراهنين والدائنين .

وحكم مرسى المزاد لا يرجع للماضي ، وإنما يعمل به فقط من وقت صدوره ، بمعنى أن تصرفات المشتري قبل البيع في المزاد العلني تعتبر باطلة؛ لأن الملكية إنما تنتقل من وقت انعقاد البيع ، وهو قد تم وقت المزايدة وليس في التشريع الإسلامي رهن قانوني فلا كلام إذًا في تطهيره .

بند [49] تلاشي الرهن وحق الامتياز

القانون الفرنسي : بما أن حق الامتياز والرهن من الحقوق التبعية فهي تتلاشى بتلاشي الدين المضمون بهما وقد تتلاشى أصليًا بتلاشي أسبابها الخاصة ، وقد يتلاشى الرهن

---

(1) تناولت المادة 1060 من القانون المدني المصري وما بعدها حق الحائز في تطهير العقار وتخليصه من الرهن ، وحددت الفقرة الثانية من المادة المذكورة هذا الحائز الذي يجوز له تطهير العقار ، وهو كل من انتقل إليه ملك العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون هذا الحائز مسئولا عن دين الرهن . ويتفرع هذا عن حق المرتهن في تتبع المرهون في يد حائزه ، وعن حق الراهن في التصرف في المرهون تصرفا مثقلا بحق المرتهن في استيفاء دينه من المرهون . وإنما أعطى للحائز حق تطهير المرهون بالوفاء بالدين جمعا بين مصلحته ومصلحة المرتهن في تحصيل حقه . وقد تناولت هذا الموضوع المواد 1352 – 1363 من القانون المدني الأردني .

(2) قاعدة : متى بيعت العين المرهونة تعجل الدين المؤجل واستوفي من ثمنها .

ويبقى حق الامتياز . وتلاشي الرهن وحق الامتياز التبعي ، كتلاشي الدين حرفًا بحرف ، فما قيل هناك يقال هنا . وتلاشي الرهن وحق الامتياز أصالة ومباشرة يرجع إلى :

(1) تنازل الدائن عن الرهن أو حق الامتياز .

(2) إتمام طريقة تطهير العقار .

(3) مضي المدة .

(4) فقد الشيء المرهون .

أولًا : سقوط الحق في الرهن وحق الامتياز بمضي المدة : فإن كان العقار تحت يد المدين فسقوط الحق في الرهن ، وحق الامتياز لا يتملك للمدين مباشرة ، وإنما يتبع سقوط الحق بمضي المدة في نفس الالتزامات المضمونة بهما ، وإن كان العقار المرهون تحت يد الغير تملك هذا الغير الرهن وحق الامتياز ، بمعنى أنه يمتلك من جهة شروط وجوده ، ويتلاشى من جهة نتائجه .

ويشترط لسقوط الحق في الرهن وحق الامتياز أن يكون العقار في حوزته ووضع اليد عليه ، وأن يمر عشر سنوات إذا كان واضع اليد حسن النية ، ومعه سند صحيح للملكية ، وكان المرتهن موجودًا ببلد الرهن ، فإذا كان غائبًا عنها فعشرون سنة ، كتملك الملكية في العقار . فإن كان الغير سيئ النية ، فيجب أن يمر ثلاثون سنة ، وابتداء المدة من تاريخ تسجيل عقد الملكية .

ثانيًا : ضياع العقار المرهون كلية : إذا انهدم العقار المرهون في حريق ، أو غرق ، أو هزة أرض ، وكان مؤمنًا عليه ، هل يستوفي الدائنون الراهنون وأصحاب حق الامتياز من رأس مال التأمين أو التعويض ؟ نعم لهم ذلك مع حفظ حق الامتياز . ويشترط في ذلك معارضة الراهنين وأصحاب حق الامتياز المؤمن عنده في الصرف إلى المدين ، ولو بخطاب مسجل ، فما دفع له قبل ذلك لا رجوع فيه .

ثالثًا : وجود حق الأفضلية مع فقد حق متابعة العقار : معلوم أن الرهن يستوجب للمرتهن الأول تفضيله على غيره في دفع دينه من ثمن العين المرهونة ، وهو المقصود بالذات من الرهن ، غير أنه قد لا يجد المرتهن العقار المرهون تحت يد الراهن لاستيفاء حقه ، فيتولد حق متابعة العقار أيًا كان ؛ لأن الرهن حق تعلق بعين العقار ، فيمكن تحقيق وجود حق الأفضلية مع فقد حق متابعة العقار .

ولا يبقى حق متابعة العقار مع فقد حق الأفضلية ؛ لأن حق متابعة العقار تابع لحق الأفضلية وهو أصل له ، ومتى فقد الأصل فقد التابع .

وفي المواضع الآتية يبقى حق الأفضلية مع فقد حق متابعة العقار :

(1) الامتياز العام : حق متابعة العقار سقط عند عدم تسجيل الرهن قبل نقل تكليف العقار للمشتري من المدين .

(2) الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه والمرأة المتزوجة : حق متابعة العقار سقط ، لكن الأفضلية توجد في بعض الحالات الآتية :

1 – في حالة نزع الملكية للمصلحة العامة مع عدم التسجيل في 15 يومًا مدة تسجيل حكم نزع الملكية ، فحق الأفضلية يكون محفوظًا بشرط تقديم المستندات قبل دفع التعويض ، أو الترتيب النهائي بين الدائنين .

2 – في حالة التمليك الاختياري بعدم تطهير العقار لعدم التسجيل في مدة شهرين .

3 – في حالة الحجز العقاري مع عدم التسجيل قبل تسجيل الحكم الصادر في مرسى المزاد .

(3) في حالة إهمال الموظف المختص بالرهن في إثبات حالة رهن على العقار في كشف التصرفات ، فصاحب هذا الرهن المنسي يحفظ حقه في الأفضلية لا في متابعة العقار .

(4) في حالة تفريق العقار بجعله منقولًا بعد أن كان عقارًا بالتخصيص ، فإن حق المرتهن أو صاحب الامتياز في الأفضلية باقٍ ، وليس لهما حق متابعة ما أصبح منقولًا ؛ لأنه لواضع اليد .

(5) تنازل المرأة المتزوجة عن رهنها للمشتري لا يضيع حقها في الأفضلية ، بل يضيع حقها في متابعة العقار .

نقل حق الامتياز والرهن :

الرهن وحق الامتياز قابلان للانتقال : إما تبعًا ، وإما استقلالًا ، فتبعًا كما في حالة موت الدائن أو التنازل عن الدين الآخر ، أو في حالة الدفع مع الحلول محل الدائن وذلك :

أولًا : تحويل أو تنازل خاص بالرهن على العموم : الدائن المرتهن يمكنه عمل اتفاقات على أربعة أوجه :

1 – تحويل خاص : وهو أن يتنازل الدائن المرتهن عن رهنه إلى شخص آخر مع حفظ الدين له (مع احتفاظه بالدين) ، فهو فصل رهن عن دينه لا تصاله بدين آخر يكون مضمونًا به ، ونتيجة ذلك أن الدائن المتنازل له أصبح يملك الرهن كالمتنازل بلا زيادة .

2 – تنازل الأسبقية : وهو أن يتنازل الدائن المرتهن عن أسبقية رهنه إلى دائن آخر مع احتفاظه بدينه ورهنه ، لا بمرتبة رهنه ؛ فالتنازل هنا منصب على مرتبة الرهن فقط لا على الرهن ، ومفهوم أن هذا يكون من مرتهن لمرتهن على عقار واحد .

3 – تنازل عن الرهن : فإن كان المتنازل له دائنًا كان تحويلًا لمصلحته ، وإن كان المتنازل لمصلحته شخصًا آخر متملكا العقار المرهون كان تركًا للرهن .

4 – اتفاق الامتناع : وهو اتفاق يتعهد فيه دائن مرتهن سابق في الترتيب مع دائن مرتهن متأخر على عدم استعمال حقه في الأسبقية في الرهن التي تضر بهذا الأخير .

ثانيًا : اتفاقات خاصة برهن المرأة المتزوجة : المرأة المتزوجة يمكنها أن تعمل في رهنها ما يأتي :

1 – يمكن للمرأة تحويل رهنها القانوني ، سواء أكان المحول له دائنها أو دائن زوجها ، وينتج عن ذلك أن تفقد المرأة حقها في الرهن القانوني ، وأن المحول له لا يمكنه استعمال الرهن في مبلغ أزيد من دين المرأة المتزوجة .

2 – يمكنها التنازل عن رهنها القانوني ؛ فإن كان المتنازل له دائنًا فهو تحويل حقيقي ، وإن كان التنازل إلى من تملك العقار من زوجها فهو تحويلي أو تنازلي .

ويكون التنازل قصدًا أو ضمنًا . وينتج عن ذلك أن التنازل إن كان تنازليًا فقد سقط حقها في متابعة العقار ، وبقي حقها في الأفضلية في ثمن العقار .

ويشترط أن يكون التنازل في إشهاد رسمي بحضور مسجل العقود ، ويجب تسجيل هذا التنازل والتأشير بهامش سجل الرهونات على سجل رهنها بهذا التنازل . وترتيب التنازل هنا يكون بتاريخ التسجيل ، وليس للمرأة التنازل عن رهنها في نظام المهر مطلقًا لو رضي زوجها [1] .

---

(1) انظر : بند 2180 في الباب السابع ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 186 – 187 .

بند [50] تلاشي الرهن وحق الامتياز

التشريع الإسلامي : الرهن والامتياز من الحقوق التبعية ، فتوجد مع وجود ما أخذت له ، وتنعدم متى انعدام متبوعها ، وقد تتلاشى هي وحدها بتنازل الدائن عن الرهن أو الامتياز ، وببيع الشيء المرهون بالمزاد العلني ، وبفقد الشيء المرهون ، ولا يتلاشى الرهن بمضي المدة ؛ لأن شرط صحة الرهن وجوده تحت يد المرتهن أو تحت يد أمين . فإن كان كذلك فلا يتملك بوضع اليد المدة الطويلة ؛ لأن وضع اليد على الرهن لا يفيد الملكية قلت المدة أو كثرت من المرتهن أو الأمين ، ويتملك الرهن ككل ما يتملك من الغير بشروطه المعروفة في وضع اليد . وإن سقط الدين لأي سبب تبعه سقوط الرهن [1] ؛ لأن الرهن لا يقوم وحده ، ولا يتأتى تملك الرهن من الغير؛ لأن الفرض فيه أنه تحت يد أمين أو تحت يد المرتهن . وفي كلتا الحالتين لا يتملك الرهن ، فلو أهمل أحدهما فهو ضامن ؛ لأنه فرط في الحفظ . ويشترط لسقوط الحق في الرهن وحق الامتياز خروج العين المرهونة ، أو ما عليها الامتيازات من يد المرتهن أو الأمين ولم يتابعها بين يد القضاء لإرجاعها . فلو خرجت العين المرهونة من يد المرتهن أو العين التي عليها حق الامتياز ولم يسْعَ المرتهن أو صاحب الامتياز لحوزها سقط حقه بمجرد الترك ، ولا يشترط مضي مدة إلا ما يحكم بها العرف بعلمه وترك إرجاعها لحوزته .

كما يسقط الحق في الرهن بإذن المرتهن للراهن في سكنى دار مرهونة ، أو في إجارة لذات مرهونة عقارًا أو حيوانًا أو عروضًا ولو لم يفعل ، وبإذنٍ ببيع وسلمه للراهن ، وبإعارة له لراهنه . ومتى سقط حق الرهن بطل حق اختصاص الدائن بالرهن ، وكان الرهن بين كل الغرماء ، وحاصص المرتهن مع بقية الغرماء .

ضياع العين المرهونة : نتيجة ضياع العين المرهونة ، أو تلفها ضمانها ، أو عدم ضمانها ، وفيها التفصيل الآتي :

أولًا : الرهن مما يغاب عليه ، ويمكن إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، والسلاح ،

---

(1) قاعدة : سقوط الدين يؤدي إلى سقوط الرهن . وقد بينت المواد 1082 – 1085 من القانون المدني المصري أحوال انقضاء الرهن الرسمي ، كما بينت المواد 1112 – 1114 من القانون المدني المصري أحوال انقضاء الرهن الحيازي ، وإجمال هذه الأحوال في انقضاء الدين المضمون ، أو بنزول المرتهن عن الرهن ، أو إذا تمت إجراءات التطهير أو إذا هلك المرهون أو إذا اجتمع حق الرهن والملكية في يد شخص واحد . ويتفق هذا مع منصوص الفقه الإسلامي وقواعده العامة .

والكتب مثلًا فيضمن المرتهن الرهن إن ادعى ضياعه ، أو تلفه ، أو رده بشروط :

1 - أن يكون الرهن في يده .

2 - ولم تقم على هلاكه بينة [1] .

ثانيًا : الرهن مما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان مثلًا ، فإن ادعى المرتهن ضياعه ، أو تلفه ، أو رده ، فإنه يصدق ولا ضمان عليه . فإن كان الرهن بيد أمين وقامت على هلاكه بينة فلا ضمان إلا إذا فرط [2] .

فإن سلم الراهن الرهن للمرتهن ببينة مقصودة للتوثق فلا يصدق في ادعاء ضياع ما لا يغاب عليه أو تلفه أو رده .

ولو شرط البراءة من الضمان فلا ينفعه شرطها في غير رهن متطوع به [3] .

فلو انهدم منزل الرهن وكان مؤمنًا عليه فالمرتهن ليس أحق بالتأمين قبل الغرماء ؛ لأنه نتج عن عين مرهونة ، وليس كثمنها إذا بيعت ؛ لأن أصل التأمين لا يجوز؛ لأنه من عقود الخطر ، والخطر وما نتج عن عقد غير جائز شرعًا لا يحل لأحد أخذه ؛ لأنه محرم وممنوع شرعًا .

وليس هناك حق للمرتهن متى فقد الرهن من يده وسكت فإن تابعه فهو أحق به قضاء ، وإن سكت حاصص كالغرماء بلا تفصيل . وليس هناك تفصيل مع فقد العقار من الراهن إلا لمن لهم حقوق ممتازة كما سبق الإشارة إلى ذلك سابقًا .

نقل حق الامتياز والرهن :

حق الامتياز قابل للانتقال تبعًا للدين [4] ؛ لأن الامتياز راجع لطبيعة الدين لا

---

(1) إنما يضمن المرتهن عند المالكية كما تقدم « إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، والسلاح ، والكتب ، ولم تقم على هلاكه بينة ، فشروط ضمانه ثلاثة كونه بيده ، وكان مما يغاب عليه ، ولم تقم على هلاكه بينة بضياعه بغير تفريط ، فيضمنه المرتهن ، ولو اشترط البراءة من الضمان ، ولا ينفعه شرطها . الشرح الصغير (133/3) وقد تقدمت الإشارة إلى اختلاف الفقهاء في كون يد المرتهن يد أمانة فلا يضمن إلا بالتفريط والتعدي أو يد ضمان فتكون مسئوليته مطلقة .

(2) إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه أو قامت على ضياعه بينة فلا ضمان على المرتهن . الشرح الصغير (133/3) .

(3) المرجع السابق (133/3) .

(4) قاعدة : حق الامتياز قابل للانتقال تبعًا للدين .

للدائن ولا للمدين ؛ فمثلًا من التقط لقطة ، وأنفق عليها من ماله الخاص ، ثم رب اللقطة يطلبها فللملتقط تحويل نفقته لغيره فتحتفظ النفقة بحق الامتياز ، ولو حولها الملتقط لغيره فالامتياز راجع لطبيعة الدين لا للدائن ولا للمدين .

وأما نقل الرهن أو الكفيل فلا يجوز إلا بشرط نقل الرهن أو الحميل تبعًا للدين ؛ فالرهن تبع للدين بشرط قبول الراهن [1] وإلا فلا ينتقل ، فمن اشترى دينًا أو وهب له وكان برهن أو حميل لم يدخل فيه الرهن ، أو الحميل إلا بشرط دخولهما وحضور الكفيل ، وإقراره بالكفالة .

وهذا بخلاف من ورث دينًا برهن أو كفيل [2] ، فإنه يكون له به ، وإن لم يشترط ذلك . فإن كان الرهن لدينين وتنازل أحد الراهنين للآخر ، عن الرهن صح التنازل وبقي رهنًا للدائن الآخر . وليس هذا تنازلًا للغير؛ لأن الغير مرتهن على أنه يشترط أيضًا رضاء الراهن عن هذا التنازل .

وأما تنازل المرتهن عن أسبقيته إلى دائن آخر مع احتفاظه بالرهن لا بمرتبته فهذا صحيح ؛ لأنه يشترط في الرهن أن لا يكون بيد الراهن ؛ فمن كان الرهن بيده كان هو المقدم بالسداد متى كان هو الأول . فإن كان تحت يد أمين جاز التنازل عن مرتبة الرهن متى أشهد على ذلك فيبقى الرهن ، ولكن في المرتبة المتفق عليها بين الدائنين .

كما يجوز التنازل عن الرهن فيبقى الدين بلا رهن . ويجوز للمرتهن الاتفاق على عدم استعمال حقه في الاستيفاء في الرهن [3] .

رهن المرأة المتزوجة : ليس في التشريع الإسلامي رهن للمرأة المتزوجة ؛ لأن الزواج مبني على الانفصال التام بين الأموال ، ولا سلطان للزوج ولا للزوجة على مال أحدهما للآخر إطلاقًا كما سبق بيانه ، وكما سيأتي .

---

(1) قاعدة : ينتقل الرهن تبعًا للدين بشرط قبول الراهن وإلا فلا ينتقل .

(2) قاعدة : من ورث دينا برهن أو كفيل فإنه يكون له به وإن لم يشترط ذلك .

(3) يقول الدردير : « .. لا إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان ، وادعى ضياعه ، أو تلفه ، ولم تقم على هلاكه بينة لا إن قامت » . الشرح الصغير جـ 3 ص 133 .

القسم السادس

الكتاب الأول

بحث خاص لعقود أساسية بالرغم من بحث العقود المار على وجه العموم بشروطها ونتائجها ، فقد رأى المشرع بحث بعض العقود الأساسية لما لها من شروط خاصة تتعلق بكل منها .

بند [51] البيع

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : البيع هو : أن يتعهد شخص بنقل ملكية شيء محدد إلى شخص آخر نظير مبادلته بدفع ثمن محدد فالأول بائع والثاني مشترٍ .

أوصاف عقد البيع القانونية :

1 - هو عقد يتبادل فيه الطرفان الالتزامات (نقل ملكية نظير دفع الثمن) .

2 - هو عقد يكفي لانعقاده إرادة الطرفين ، فليس ما يكتب إلا لحسم خلاف مستقبل من إنكار ، أو خلاف في الشروط . فالبيع يتم بإرادة الطرفين فقط ، ويصح أن يكون عرفيًا كما يصح أن يكون رسميًا .

3 - هو عقد نظير مقابل ، فالبائع يقدم المبيع نظير أن يقدم المشتري الثمن .

4 - هو عقد يقتضي المبادلة من الجانبين .

الفرق بين البيع في القانون الفرنسي والقانون الروماني

يوجد بين البيع في القانون الفرنسي والقانون الروماني نقطتان أساسيتان في الفرق بين التشريعين :

أولًا : في القانون الروماني : البائع لا يتعهد بنقل الملكية للشيء المبيع إلى المشتري ، ولكن ينقل إليه كل الحقوق التي يمكن أن تكون له على الشيء المبيع .

ولكن اليوم يتعهد البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري .

ثانيًا : في القانون الروماني : متى كان البائع يملك الشيء المبيع فمجرد البيع نفسه لا ينقل الملكية ، وإنما يحتاج إلى شيء آخر ، وهو نقل الشيء ، أو سبب آخر

كان مستعملا لذلك ، فالبيع ليس مرادفًا للتمليك ، بل هو غيره .

وفي القانون الفرنسي إرادة الطرفين تكفي لوجود البيع ، ونقل الملكية ، فالبيع والتمليك شيء واحد .

تكوين البيع :

البيع نوع من أنواع العقود فيجب فيه من الشروط ما يجب لكل عقد ، ولكن له شروط خاصة أفرد لها هذا الباب .

وعود البيع والمشتري : يمكن ذكر ثلاث وعود للبيع والمشتري :

أولًا : وعد مشترك بالبيع والشراء : يوجد وعد مشترك بالبيع والشراء متى وعد شخص أن يبيع شيئًا معينًا نظير ثمن معين ، كما وعد شخص آخر أن يشتري هذا الشيء نظير الثمن المحدد .

ونتيجة ذلك : أن هذه إرادة المتعاقدين في عقد البيع بينهما ، ومعنى هذا انعقاد البيع فورًا بينهما ، وأصبح المبيع ملكًا للمشتري ، ولو تلف فعلى حسابه ، لذا نص قانونًا : (إن وعد البيع بيع) .

فلو اتفقا على أجل محدد انعقد البيع فورًا ، وكان بيعًا لأجل متى ذكر الوعد به في العقد ، ويكون المشتري مالكًا للعين المبيعة ، وهي على حسابه في المكسب والخسارة .

ثانيًا : وعد مفرد بالبيع : وهو أن يتعهد شخص تعهدًا قاطعًا ببيع شيء معين بثمن معين لمن يجب أن يشتري بهذا الثمن مع تحديد مدة العرض من البائع عادة .

نتائج وعد البيع : لتحديد نتائج وعد البيع يلزم مراعاة تحديد وقتين مختلفين :

(1) قبل أن يعلن الطرف الآخر إرادته في الشراء : إلى هذه اللحظة يبقى الواعد بالبيع حافظًا لملكية الشيء المعروض ، فلا انتقال للملكية ولا وضع الشيء في أملاك آخر ، بل له أن يتصرف فيه ببيع أو رهن أو هبة لغير من عرض عليه البيع .

فإن فعل ذلك فقد خالف وعده ، فيتحمل التعويض لمن لحقه ضرر من ذلك ، وغالبًا يحدد وعد البيع بزمن معين ، فإن مضى الزمن بدون أن يعلن الطرف الآخر إرادة الشراء أصبح الواعد حرًا يتصرف في معروضه كما يشاء . وإن كان الوعد بغير تحديد مدة فللمحكمة كامل الحرية في تقدير مدة السكوت المساوية للرفض .

2 – بعد أن يعلن الطرف الآخر إرادته في الشراء : فعلى الواعد تنفيذ وعده وعمل عقد البيع ، وتسليم العين المبيعة إلى المشتري .

وفي حالة عدم الوفاء بوعده يجوز للقاضي إصدار حكم به إذا لم يتم العقد ، فالحكم يقوم مقامه ، أو نفس الوعد بالبيع بيع ، فلا يحتاج لحكم بشرط أن تكون شروط البيع موجودة كتحديد الثمن والعين المبيعة إلخ . فإذا لم يسلم المبيع تدخل القضاء لإثبات آثار البيع المترتبة عليه لا لإيجاد البيع نفسه ، فقد وجد وانعقد بالوعد ، ولا يرجع البيع للماضي ، بل يعتبر فقط من تاريخ إعلان المشتري إرادة الشراء .

3 – وعد من جانب واحد بالمشترى : وهو تعهد شخص بمشترى شيء بثمن محدد من شخص آخر متى قبل البيع ، وعادة يكون محددًا بمدة . وهو قبل إعلان البيع من المالك لا ينتج شيئًا ، فإن أعلن المالك قبول البيع انعقد البيع ما دام الأجل موجودًا ، ولا يرجع آثاره للماضي ، وإنما من يوم انعقاده فقط .

العربون : ويتكون من مبلغ من المال دفعه أحد الطرفين للآخر وقت التعاقد ، ويعطى لكل طرف صفة التنازل عن التعاقد ، والذي دفعه يفقده ، والذي أخذه يدفع ضعفه في حالة التنازل عن التعاقد ، وهذا مغاير لما يدفعه المشتري وقت التعاقد على الحساب من أصل الثمن .

ثانيًا : نماذج البيع : للبيع عدة أشكال : فيكون بسيطًا ، ويكون معلقًا على شرط ، ويكون على التخيير في شيئين أو أكثر . وعلى العموم فنتائجه لا تختلف عن نتائج الاتفاقات العامة .

البيع بالوزن أو بالعد أو بالمقاس : يتم البيع في هذه الأشكال بالوزن أو بالعد أو بالمقاس . وما دام لم يتم العد أو المقاس ، أو الوزن فالمبيع في ملكية البائع يتحمل خسارته . فإن بيع الشيء الذي يوزن أو يعد أو يقاس بالجملة من غير نظر إلى وزن ، أوعد أو مقاس كمن باع القمح الذي في مخزنه بثمن معين جملة تم البيع بالتعاقد ، وأصبح المبيع في ملك المشتري .

البيع بشرط ذوق الطعم أو التجربة : البيع لا ينعقد حتى يتم التذوق أو التجربة ومن حق المشتري عدم انعقاد البيع إذا لم يكن في المبيع الصفة المشروطة (كتذوق النبيذ أو الزيت) [1] .

(1) انظر : البنود من 1582 إلى 1593 في الباب الأول ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 52 – 54 .

بند [52] البيع

بعض العقود الخاصة :

التشريع الإسلامي : البيع عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ، فيلتزم كلا المتعاقدين بنقل ملكية عوضه للطرف الآخر [1] ، ويتم بإرادة الطرفين ومن حقيقته المبادلة من الجانبين [2] .

والبيع في التشريع الإسلامي يتم وينعقد بإرادة الطرفين [3] بلا احتياج لشيء آخر ، وبه يتم نقل ملكية الشيء المبيع . ولا فضل للتشريع الفرنسي على التشريع الروماني ، ولكن الفضل كل الفضل للتشريع الإسلامي فهو الذي أعقب التشريع الروماني ، وضرب في بقاع الأرض شرقًا وغربًا ، فاعتنق الناس قواعده المرتكزة على العدالة والبساطة ، فعنه أخذ التشريع الفرنسي أحدث النظم وأدقها .

ففي التشريع الإسلامي إرادة الطرفين تكفي لوجود البيع ونقل الملكية ، فالبيع والتمليك شيء واحد ، فيجب تحقق الشروط العامة في البيع ككل العقود صحة ووجودًا .

---

(1) تناولت المادة 418 من القانون المدني المصري تعريف البيع ونصها « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقًّا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي » وتقابل هذه المادة المواد 465 من المدني الأردني ، 454 كويتي ، 506 عراقي ، 382 من مشروع المدني طبقا للشريعة الإسلامية . ومن الجدير بالذكر الالتفات إلى اختلاف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوضعي ؛ ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في فقه القانون الوضعي فإن العقد ينشئ التزاما ينقل الملك ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه ، فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد . ومن الملاحظ أن التصوير الفني الذي أخذ به الفقه الإسلامي أدق ، ولذا أخذت بها المادة المذكورة من المشروع ويلاحظ الفقيه المتميز عبد الرزاق السنهوري (الوسيط 123/4) في تتبعه لتطور نقل الملكية المترتب على البيع في القوانين الغربية أن هذه القوانين قد قطعت أشواطا عديدة في هذا الصدد ، ولم يستقر القانون الفرنسي على جعل البيع ذاته ناقلا للملكية بترتيب التزام في ذمة البائع بنقل هذه الملكية للمشتري إلا في عام 1804 على حين تعجل الفقه الإسلامي هذا التطور « وجعل البيع ناقلا للملكية قبل ذلك بدهور طويلة » . أما تعريف البيع في الفقه الإسلامي فيراجع في فتح القدير 455/5 ومواهب الجليل 255/4 والمغني لابن قدامة 2/4 وكشاف القناع 146/3 ومغني المحتاج 332/2 ، والمادة 105 من مجلة الأحكام العدلية والمادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة .

(2) يقول الدردير : « البيع عقد معاوضة ، ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول وخرج بقيد المعاوضة الهبة ، والوصية على غير منافع خرج النكاح والإجارة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 228 .

(3) قاعدة : البيع يتم بالإيجاب والقبول وبإرادة كل من الطرفين .

وعود البيع والمشتري : الوعد بالبيع فقط من جانب البائع ليس بيعًا ، والوعد بالمشترى من جانب المشتري فقط ليس شراءً ، والوعد بالبيع والوعد بالشراء معًا ليسا بيعًا ؛ لأن قول البائع سأبيعك منزلي هذا بثمن كذا ، وقول المشتري سأشتري منزلك هذا بثمن كذا ليس شراءً . واجتماع القولين ليس بيعًا ولا شراء ؛ لأنه يجب أن يكون البيع والشراء بتًّا (بعتك منزلي هذا بألف ، أو أبيع منزلي هذا بألف ، اشتريت منزلك هذا بألف ، أو قبلت شراءه بألف) .

فالوعد المشترك بالبيع والشراء لا ينعقد به البيع [1] ، ونتيجة ذلك بقاء المبيع على ذمة البائع وفي ملكه ؛ فلو تلف فعلى حسابه .

أما عرض المبيع بثمن معين ، فيصح أن يكون إيجابا ، فإن قال شخص : أبيعها بمائة ، أو عرضها للبيع بثمن معين فقال آخر : قبلت ، انعقد البيع ، فإن تنحى البائع بقوله ما أردت البيع ، فإن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول للبائع بلا يمين ، وإن دلت القرائن على إرادة البيع لزمه البيع .

فإن قال المشتري : لم أرد الشراء فإن لم يحلف لزمه ، فَمُحَمَّلَ الحلف حيث لم يرض بعد رضاء الآخر .

فإن كان قبل رضاء الآخر فله الرد ولا يمين ، وللبائع إلزام المشتري في المزايدة ولو طال الزمن ، أو انفض المجلس تبعًا للعرف .

ومتى انعقد البيع بتلاقي العرض والقبول وقع بتًّا يعني على البائع تسليم المبيع وعلى المشتري دفع الثمن [2] . فلو كان في العرض أو في القبول أجل في الثمن أو المثمن انعقد البيع إلى الأجل المحدد ، ولكنه يكون منعقدًا ، ويكون المشتري مالكًا للمبيع متى كان واجب التسليم ولو كان فيه عد أو وزن أو كيل ، وضمانه منه وخسارته ومكسبه عليه إلا فيما فيه حق توفية فعلى البائع حتى يتم التسليم .

وعد مفرد بالبيع : هذا الوعد المفرد بالبيع لا يتم به البيع إلا بالقبول ، فإن كان وعد الشخص معينًا فلا بد من قبوله من ذلك الشخص . وإن كان وعدًا عامًّا

---

(1) قاعدة : الوعد المشترك بالبيع والشراء لا ينعقد به البيع .

(2) قاعدة : متى انعقد البيع بتلاقي العرض والقبول وقع بتًّا ويجب على البائع تسليم المبيع وعلى المشتري دفع الثمن .

كمن وضع في واجهة حانوته قماشًا وكتب عليه ثمن المتر 50 قرشًا صاغًا مثلًا ، فيتم البيع من أي شخص مريد للشراء بقبوله هذا العرض وإظهار رغبته في ذلك ، ومتى قَبِلَ تَعَيَّنَ تسليمُ المبيع وأخذُ الثمن ويجبر على ذلك قضاء [1] .

وبما أن العرض لا يتم به البيع وحده فمتى قبل المشتري فقد وجدت حقيقة البيع . وحكم القاضي إنما يكون بتسليم المبيع لا بانعقاد البيع ، فقد وجدت حقيقته بمجرد القبول من المشتري .

ومعلوم أنه ما لم يتم البيع فالمبيع باق على ملكية صاحبه ، فإن حدد وقت العرض بشهر أو بأكثر عومل به . وإن لم يحدد فما دام العرض باقيًا صح القبول وانعقد البيع ووجب تسليم المبيع . ومعلوم أيضًا أن البيع لا يرجع للماضي ، وإنما يعمل به من تاريخ تلاقي إرادتي المتعاقدين .

إيجاب الشراء من جانب واحد لا قيمة له إلا إذا قبل البائع البيع ، فينعقد البيع وتنتقل ملكية المبيع للمشتري . فإن كان العرض محددًا بمدة فللبائع الحق في قبول البيع في هذه المدة ، وإلا فمتى مضت مدة العرض فلاحق له في القبول إلا إذا رضي المشتري بذلك ، ولا يرجع أثر البيع للماضي بل ينتج أثره من يوم قبول البيع من البائع [2] .

العُرْبُون : ويتكون من مبلغ من الثمن يدفعه المشتري إن لم يتمم المشتَري فلا حق له فيه ، ومثل هذا العمل باطل ؛ لأنه أكل أموال الناس بالباطل بلا مقابل ؛ لأن البائع إذا تملكه لإعراض المشتري عن الشراء فقد تملكه بغير حق ؛ لأنه يجب أن يكون البائع والمشتري غير مجبرين شرعًا لا على البيع ولا على الشراء ، وهذا إكراه مادي على المشتري وهو غير جائز ، فيجب رد ما دفع للمشتري إذا أعرض عن الشراء حتى ولو اشترط عدم الرد .

وأما ما ذكره المشرع الوضعي في تمام تعريف (العربون) من أن البيع على العربون

---

(1) يقول المواق : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا ، وإن بمعاطاة . قال الباجي : البيع معروف ويفتقر إلى إيجاب وقبول ، وكل لفظ وإشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود » . التاج والإكليل جـ 4 ص 228 ، وراجع كلام الحطاب عن تسليم الثمن والمثمن بمجرد العقد الذي نقله عن الشيخ زروق .

(2) يقول الحطاب : « الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع : هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب ، وما يدل على الرضا من المشتري يسمى القبول وسواء كان الدال قولا كقول البائع بعتك ... أو فعلا كالمعاطاة » مواهب الجليل جـ 4 ص 228 .

يعطي لكل طرف صفة التنازل عن التعاقد ، فهذا خلط بين البيع على الخيار لكل من البائع والمشتري ، وبين بيع العربون البت الذي يبيح للبائع أخذ ما دفعه المشتري عربونًا عند عدوله عن المشتري ، وهذا ممنوع كما قدمنا في التشريع الإسلامي (1) .

نماذج البيع : للبيع أشكال مختلفة فيكون بسيطًا وبتًّا ومع شرط ، وعلى التخيير في شيئين إلخ .

البيع بالوزن أو بالعد أو بالمقاس : هذا البيع يُقال له : بيع المثلي أي ماله مثل فعند الضمان يجب أداء المثل لا القيمة .

يتم البيع في المعدود والموزون والمكيل بمجرد التعاقد ، ومقابلة العرض للقبول مقابلة تامة ، فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد الإيجاب والقبول ، فلا يجوز للبائع أن يتصرف في المبيع ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ، ولكن ضمان المبيع أو المكسب والخسارة قبل العد أو الوزن أو المقاس تكون على حساب البائع ، ومتى تم العد أو الوزن أو المقاس ، واستلمه المشتري انتقل الضمان إليه .

فإن كان بيع المعدود والمكيل والموزون جملة بدون عد فهو جائز ، وهو المسمى بيع الجزاف ويشترط في صحته :

1 - إنْ ريئ حال العقد . 2 - ولم يكثر المبيع جدًّا .

3 - وجهله البائع والمشتري . 4 - وحزراه بالفعل .

---

(1) يقول السيوطي في تنوير الحوالك : « ما جاء في بيع العربان حدثني يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان قال مالك : وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه ، أو تكارى منه أعطيك دينارًا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما اكتريت منك فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة ، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيك باطل » . تنوير الحوالك جـ 2 ص 46 . وعليه فإن بيع العربون بفتح العين وضمها باطل وغير صحيح . وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية . أما الحنابلة فيرون جوازه استنادا لما روي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار صفوان بن أمية ليتخذها سجنا فإن رضي عمر ، وإلا فله كذا وكذا . قال الأثرم قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ قال : أي شيء أقول هذا عمر ﷺ . نيل الأوطار للشوكاني 153/5 وما بعدها ، والمغني لابن قدامة 58/4 وحاشية الجمل 72/3 وحاشية الدسوقي 63/3 وكشاف القناع 195/3 . وقد تناولت المادة 103 من القانون المدني المصري حكم بيع العربون ، وقضت بصحته . ويتفق معها في ذلك المواد 88 مشروع مدني طبقا للشريعة ، 107 مدني أردني ، 92 عراقي ، 75 - 76 كويتي .

5 – واستوت أرضه . 6 – ولم يُعَدْ بلا مشقة .

7 – ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه .

8 – وأن لا يشتريه مع مكيل ، ومتى اجتمعت هذه الشروط صح البيع ، ولزم وانتقل الضمان من البائع إلى المشتري بمجرد تمام البيع؛ لأنه لا يحتاج إلى توفية حيث قد بيع جزافًا [1] .

البيع بشرط ذوق الطعم أو التجربة : الشرط في مثل هذا جائز [2] فإذا اتفق

---

(1) يذكر الدردير جواز بيع الجزاف : « بشروط سبعة إن رئي ، ولم يكثر جدًّا وجهلاه ، وحزراه ، واستوت أرضه وشق عده ، ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 9 ، 10 . والأصل اشتراط معلومية المبيع العلم النافي للجهالة ، ولذا كان الأوفق مع الأصول المنع منه ، كما يقول الدسوقي في حاشيته (20/3) ، « ولكنه خفف فيما شق علمه من المعدود أو قل جهله في المكيل والموزون » ودليله حديث ابن عمر ﭬ : « كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » وقد انفرد المالكية بتفصيل شروط صحة بيع الجزاف على هذا النحو ، وإن اتفق الفقهاء على جوازه ، والأظهر عند الشافعية جوازه مع الكراهة . ومن الغريب لهذا أن تمنع منه المادة 383 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية .

(2) تناولت المادة 421 و 422 من القانون المدني المصري البيع بشرط التجربة أو المذاق ؛ حيث نصت المادة 421 منه على صحة البيع بشرط التجربة خلال مدة معينة يتفق عليها البائع والمشتري ، وإلا كان تحديد مدة معقولة للتجربة أمرا متروكا للبائع ، فإذا انقضت المدة دون أن يعبر المشتري عن رفضه مع تمكنه كان سكوته قبولا للبيع . أما المادة 422 فقد تعرضت للبيع بشرط المذاق . وقد تناولت الموضوعين المادة 386 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمواد 462 كويتي ، 524 ، 525 عراقي ، 470 – 476 من القانون المدني الأردني . وتتفق هذه المواد جميعها في الحكم بجواز كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، سواء عينت مدة محددة للمشتري أو لم يحدد ذلك ، ويترك له عندئذ مدة معقولة ليتعرف على المبيع وليقرر ما يراه .

وقد واجه الفقه الإسلامي كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط (300 م – 309 من المجلة و 329 م – 338 من مرشد الحيران) . وذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، ومن ثم يكون هذان البيعان صورتين خاصتين من صور خيار الشرط . ولذلك فان التقنين العراقي ، حينما سار على نهج الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، لم يقتصر على النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق ، بل أورد إلى جانبها نصوصًا متعلقة بخيار الشرط (509 م – 513) . وفي الفقه الإسلامي أيضًا البيع على سوم الشراء (298 م من المجلة) والبيع علي سوم النظر (299 م من المجلة) .

ولم يحدد الحنابلة مدة لخيار الشرط ، فيجوز عندهم لأية مدة معلومة وإن طالت . وحدد المالكية المدة بحسب نوع المبيع . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة حملت على المدة المعتادة . والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعًا معلقًا على شرط واقف ، فلا يجيزون للمشتري أن ينتفع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر ما يحصل به اختبار حاله وتجربته فيما يراد له على الوجه المتعارف (م 82 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على =

الطرفان فلا يخلو حالهما :

أولًا : إذا اشترطا شيئًا في العقد وكان فيه غرض للمتعاقدين أو لأحدهما وانعدم الشرط فللمشتري الخيار في الرد والإمساك (وذلك في كل وصف فيه حق مالي) .

ثانيًا : إن وجد في المبيع عيب (نقص) عقارًا أو عروضًا أو عينًا ، فيشمل الثمن والمثمن ، وكان هذا العيب العادة السلامة منه - كمن يُعِشي (لا يبصر ليلًا) أو كعور ، أو دبر ، وعثر ، وحرن ، وضعف عن حمل معتاد - فترد بذلك ، ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر أو نشر أو ذبح ، فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل بهما [1] .

فمتى فقد الشرط انعقد البيع ، وكان الخيار لمن اشترط الشرط لمصلحته .

بند [53] أهلية التعاقد الخاصة في البيع

القانون الفرنسي : لا يكفي في التعاقد في البيع أن يكون الطرفان أهلًا للتعاقد ، بل يجب أن يكونا أهلًا لاستعمال حقهما والتمتع به فعدم الأهلية في البيع ثلاثة أقسام :

أولًا : **تحريم البيع بين الزوجين** : القاعدة أن البيع ممنوع بين الزوجين ، وكان ذلك في القانون القديم وتبرير هذه القاعدة يرجع إلى ثلاثة أسباب :

1 - أن الهبة بين الزوجين جائزة ، ولكن يصح الرجوع فيها فخوفًا من تحايل الزوجين على عدم الرجوع في الهبة يلبسونها ثوب البيع ، والبيع لا يصح الرجوع فيه إلا برضى الطرفين ، فمنع القانون البيع بين الزوجين .

2 - حدد القانون ما يصح أن يعطى من أحد الزوجين للآخر حال الحياة وبعد الموت مادام هناك وارث آخر ، فإذا جاز البيع بين الزوجين أمكنهما إدخال أي ملك تحت هذا الستار لكي لا يطبق القانون المحدد للهبة أو الوصية ، فمنع المشرع البيع لهذا .

= مذهب الامام مالك) . أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع معلقًا على شرط فاسخ (م 335 من مرشد الحيران) .

(1) ما وجب لوجود نقص في البيع عقارًا كان المبيع أو عرضا ، فيشمل الثمن العادة السلامة منه فله الرد به إن أخل بالذات ، أو الثمن ، أو التصرف العادي كغشاوة ، وعور ، وظفر ، وعرج ... الشرح الصغير (58/3 ومابعدها) .

3 - إذا كان البيع جائزًا بين الزوجين أمكن لكل منهما تهريب ما يملك تهربًا من دائنيه ، وكان من العسير تمييز حق كل منهما لاستيفاء دينه الخاص ، فإن حصل بيع بين الزوجين فهو باطل بطلانًا خاصًا أو بطلانًا عامًا وهو الراجح ، ويترتب على كل واحد منهما نتائجه القانونية . ويستثنى من هذه القاعدة ثلاثة مواضع يجوز فيها البيع بين الزوجين :

(1) - تنظيم حقوق الزوجين في حالة التفرقة المالية : متى تفرق الزوجان ماليًا وكان أعطى أحدهما للآخر شيئًا مع دفع حقوقه كان هذا صحيحًا .

(2) - ما أعطاه الزوج لزوجته مدة الزوجية لسبب شرعي كاستعماله عقارًا مملوكًا لها خاصًا على أن يعوضها عن فائدته .

وتحويل دين الزوج إلى الزوجة مع الدفع غير صحيح إلا بشروط ثلاثة :

1 - متى تدخلت الزوجة ودفعت دينًا كان موجودًا قبل الزواج .

2 - متى كان في الإمكان سداد الدين في مدة الزواج .

3 - متى كان الدين حالًا واجب السداد في مدة الزواج .

(3) - تنازل الزوجة لزوجها لكي تدفع مهرها : متى شرطت الزوجة دفع مبلغ من المال مهرًا لها ولم تتمكن من ذلك جاز لها إعطاء زوجها شيئًا من أملاكها نظير ذلك ، وهو كبيع صحيح .

ثانيًا : منع المشتري من بعض الوكلاء : منع القانون بعض الأشخاص المكلفين ببيع الأملاك بالمزاد العلني مشتري نفس هذه الأشياء لنفسه في المزاد ؛ لأنه سيكون بين مراعاة مصلحته الشخصية وواجبه كوكيل في البيع . والأشخاص الممنوعون هم :

(1) الأوصياء والمشرفون في أملاك المشمولين بالوصاية عليهم .

(2) الوكلاء لبيع الأملاك ، لا الوكلاء في إدارة هذه الأملاك .

(3) مديرو الأملاك العامة والمنشآت للمصلحة العامة في الأملاك الخاصة بهذه الأشخاص المعنوية .

(4) الموظفون العموميون المعهود إليهم ببيع أملاك عامة بمقتضى وظيفتهم .

وحكم هذا البيع الممنوع لو تم بطلانه بطلانًا خاصًا أو عامًا يدعيه كل من له

مصلحة ، خلاف ، والراجح الأخير .

ويستثنى من هذا المنع ما يأتي :

1 - الوارث المستفيد : يمكنه أن يكون مزايدًا في ملك مشاع معروض للبيع من أعيان التركة ، ولو أنه معتبر نائبًا عن دائني التركة في التصفية .

2 - الوصي الذي له مصلحة شخصية في المزاد يمكنه أن يكون مزايدًا ، كالشريك للمتوفى في عقار لا يقبل القسمة فيباع ، أوله رهن على عين ملك القاصر .

ثالثًا : منع الشراء لبعض القضاة والموظفين العموميين : حرم القانون على بعض الموظفين القضائيين بالمحاكم مشترى أشياء تكون محل التقاضي في دائرة المحكمة التي يعملون بها لعدم تمكينهم من استعمال سلطتهم في الشراء بثمن بخس . وهؤلاء هم :

1 - القضاة ومساعدوهم : ويشمل كل القضاة من قاضي الصلح إلى مستشار في محكمة النقض .

2 - ممثلو النائب العام ، ومسجل العقود ، ومحضِّر الدعاوي ، وكتاب المحكمة ، والمحامون العموميون .

والمنع يشمل دائرة اختصاص المحكمة التي يعملون فيها .

فإن تم البيع فهو باطل بطلانًا عامًّا مطلقًا .

رابعًا : في الشيء الذي يجوز بيعه : الشيء الذي يباع ركن أساسي في البيع ، فيجب أن يكون موجودًا وقت انعقاد البيع ، فلو تلف لا ينعقد البيع ، ولو تلف بعضه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بما يساويه من الثمن ، وإن شاء ترك .

الأشياء التي يمكن بيعها : القاعدة العامة أنه يجوز بيع كل شيء قابل للملكية الخاصة . ويستثنى من ذلك :

(1) الحقوق غير القابلة للانقطاع كحق الاستعمال أو السكنى ، تذكرة الإياب بالسكة الحديد ، الأجر الصغير للعمال ، وما يعطى لمتعلمي الحرف والصنائع ، ومرتبات الموظفين فيما زاد عن $\frac{1}{10}$.

(2) الميراث الذي لم يكن قد استحق .

(3) الحيوانات المصابة بأمراض معدية .

(4) الأرانب الجبلية ما دام موسم الصيد لم يفتح رسميًا .

(5) ملك الغير .

بيع ملك الغير : بيع ملك الغير كان جائزًا في القانون الروماني ؛ لأن البيع فيه ليس نقلًا للملكية [1] ، بل هو تعهد من البائع بنقل وضع اليد وما ينتج عن الملكية إلى المشتري ، ويمكنه أن يتحصل على الشيء المبيع ، ثم يسلمه للمشتري . ولكن في القانون المدني الفرنسي جعل هذا البيع باطلًا ؛ لأن البيع فهم على أنه تمليك للعين المبيعة ، وبائع ملك الغير لا يملكه فلا يمكنه أن يملكه للغير فكان باطلًا ، وهذه القاعدة تطبق على بيع الشيء المحدد الجسماني . وأما بيع الشيء بجنسه ، فلا يتم البيع إلا بالعد أو بالوزن أو المقاس ، وكذا التعهد بمشتري ملك الغير وبيعه للشخص المتعاقد فهو جائز على هذا النحو . وبيع ملك الغير باطل [بطلانًا نسبيًا] يعني يمكن إلغاؤه ، أو باطل بطلانًا عامًا أو باطل بطلانًا خاصًا خلاف والراجح الأخير . وحق الإلغاء حسب طبيعة الإلغاء يكون مختلفًا هل لكل من له صالح ، أو للبائع والمشتري أو للمالك .

ويتبع بيع ملك الغير ضمان البائع للمشتري التعويض الكافي لهذا التغرير إذا كان المشتري حسن النية ، علاوة على رد الثمن متى أخذ الغير العين المبيعة . فإذا كان سيئ النية فليس له إلا الثمن . أما مالك الشيء المبيع فلا يرفع دعوى بطلان البيع ، ولكن يرفع دعوى استرداد فلا يعود عليه أي ضرر من هذا البيع .

وإلغاء البيع يختفي بمرور عشرة أعوام من تاريخ علم المشتري بأن الذي باع له لا يملك المبيع . وكذا إذا تملك البائع ما باعه قبل تملكه صح البيع ، وكذا إذا صدق المالك الحقيقي على صحة بيع الفضولي .

الثمن : الثمن عامل أساسي في البيع : فالثمن والعين المبيعة لا ينعقد البيع بدونهما ، والثمن أساس التزام المشتري ، فإذا انعدم الثمن كان التزام البائع بلا سبب ، فلا يوجد العقد .

صفات الثمن :

1 – يجب أن يكون الثمن مبلغًا من المال ، فإن كان شيئًا آخر غير المال فهو مبادلة .

2 – يجب أن يكون الثمن محددًا معلومًا للطرفين . ويجوز ترك تحديده

---

(1) لاحظ أساس الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني في بيع ملك الغير .

لشخص ثالث .

3 - يجب أن يكون الثمن حقيقيًا ، فلو كان الثمن اسميًا فقط كانت هبة ، ولا ينعقد بيعًا .

4 - يجب أن يكون ثَمَنَ المثل لا ثمنًا بخسا ، فإن كان الثمن المتفق عليه أقل من $\frac{7}{12}$ من الثمن الحقيقي كان هذا سببًا في فسخ العقد .

النفقات التابعة للثمن وهي نفقات البيع من توقيع ، ونقل تكليف ، وأجرة المسجل والكاتب يتحملها المشتري . وأما تطهير العقار من الرهن فعلى البائع إلا إذا اشترطا ما يخالف ذلك في الموضعين [1] .

بند [54] أهلية التعاقد في البيع

التشريع الإسلامي : يكفي في صحة التعاقد في البيع أهلية الطرفين للتعاقد بأن يكونا مميزين ، إذا كُلمًا بشيء من مقاصد العقلاء فهماه وأحسنا الجواب عنه ؛ فالصغير غير المميز لإغماء ، أو جنون ، أو سكر بحلال ، أو سكر عن جهل لا يلزمهم التعاقد ، ولا يصح منهم اتفاقًا [2] . وفي السكران بحرام تردد هل يلزمه ما تعاقد عليه تغليظًا وزجرًا له أو لا يلزمه ؛ لأنه فاقد التمييز وإن كان أدخله على نفسه .

وأما السكران الذي عنده نوع تمييز فبيعه صحيح قطعًا ، لكنه لا يلزم كسائر العقود والإقرارات ، بخلاف الطلاق والعتق والحدود [3] والجنايات فتلزمه .

---

(1) انظر : البنود من 1594 إلى 1597 في الباب الثاني ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 54 - 55 .

(2) اتفق الفقهاء على أن الصغير غير المميز والمعتوه غير المميز والمجنون فاقدو الأهلية ؛ فلا تصح عباراتهم ولا تنشأ بها العقود . واختلفوا في الصغير والمعتوه المميزين ، ومذهب الأحناف أن عبارتهما صالحة لإنشاء العقود ، إذا كانت نافعة نفعا محضا كقبول الهدايا ، وغير صالحة لإنشاء العقود الضارة بهما ضررًا محضًا ، كالتبرع ، ومتوقفة على إذن وليهما في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة وسائر عقود المعاوضات . وقد تناولت المادة 111 مدني مصري حكم التصرفات المالية النافعة للصغير المميز والضارة به والمترددة بين النفع والضرر طبقا لما أخذ به فقهاء المذهب الحنفي . وهو ما وردت به كذلك المادة 967 من المجلة العدلية والمادتان 270 ، 271 من مرشد الحيران .

(3) يقول الدردير : « وشرط صحة عقد العاقد تمييز فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون ، أو إغماء وسكر ليس بحرام وكذا بحرام » . الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

وشروط لزوم البيع : كون الطرفين مكلفين شرعًا ، وكونهما راشدين ، وكونهما طائعين ، وكونهما يملكان ما تعاقدا عليه ، أو كون البائع وكيلًا عن الغير أو المشتري وكيلًا في الشراء . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط كان البيع صحيحًا ولكنه غير لازم [1] .

فإن أجبر البائع على البيع جبرًا حرامًا صح بيعه ، ولا يلزمه ووجب رد ما باعه عليه . ولا يقيده تداول ملاك ، ولا عتق ، ولا هبة ، ولا إيلاد بل يرد عليه ما أجبر على بيعه ، أو على سبب بيعه [2] .

وقيل : إذا أكره على سبب البيع (وهو طلب مال ظلمًا ، ولو لم يجبر على البيع) ، فباع كان البيع لازمًا للمصلحة ، وهي الرفق بالمسجون لئلا يتباعد الناس عن الشراء فيهلك المظلوم ، وقد اختاره المتأخرون وجرى العمل عليه بفاس [3] .

وأما الجبر الحلال ، كبيع البيت لتوسعة المسجد ، أو الطريق ، أو المقبرة ، أو لوفاء دين ، أو نفقة زوجة أو أقارب ، أو لوفاء ما عليه من الخراج الحق فهو جائز ، وصحيح ولازم .

البيع بين الزوجين :

البيع بين الزوجين جائز كالبيع لأي شخص آخر أو المشتري من أي شخص آخر ، حيث إن الزواج في التشريع الإسلامي مبني على التفرقة التامة من جميع الوجوه بين أملاك الزوجين ، فالزوج بالنسبة لأملاك زوجته أجنبي ، والزوجة بالنسبة لأملاك زوجها أجنبية في البيع والشراء لا في الإنفاق ، وشراء لوازم المعيشة

---

(1) شروط لزوم البيع تكليف ، فلا يلزم صبيًا مميزًا ، وإن صح ما لم يكن وكيلا عن مكلف ، وإلا لزم لأن البيع في الحقيقية من الموكل ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه ، أو رق إلا بإذن الولي ، وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه . الشرح الصغير (3/3) .

(2) إن أجبر العاقد على البيع أو على سببه جبرا حراما أي ليس بحق فيصح ، ولا يلزم ، ورد المبيع على البائع إذا لم يمضه ، ولا يفوت عليه ببيع ، ولا هبة ، ولا عتق ، ولا إيلاد بلا ثمن يغرمه للمشتري . الشرح الصغير (3/3) .

(3) فاس : مدينة مشهورة كبيرة في المغرب ، وهي حاضرة البحر وأجلّ مدنه قبل أن تختط مراكش ، وقد نُسِبَ إليها جماعة من أهل العلم ، منهم : أبو عمر عمران بن موسى بن عيسى بن نجح الفاسي فقيه أهل القيروان في وقته . انظر : معجم البلدان 261/4 ، 262 . والعمل الفاسيّ هو ما جرى عليه عرف الناس في هذا البلد ، وتتابعت عليه أحكام قضاته ، مما قد يختلف مع الرأي الراجح المشهور في المذهب المالكي . وقد جمع قضايا العمل الفاسيّ وأحكامه الونشريسي في المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، ونشرته وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية للمملكة المغربية عام 1401 هـ – 1981 م .

الزوجية فلها ذلك بالمعروف ، وذلك لازم للزوج بمقتضى عقد الزواج ، فلا داعي للمقارنة في هذا الفصل لعدم وجود أساسه وهو الشركة في الأموال .

مشتري الوكيل والأب والوصي والحاكم لأنفسهم :

مُنِعَ شرعًا بيع الوكيل لنفسه ما وكل على بيعه سواء كان وكيلًا عامًّا ، كقاضي البيوع أو وكيلًا خاصًّا كأي شخص . ويلحق بالوكيل العام من اتصل به من عمال وكتبة ، ومحضرين ، وموظفين ، فيمنع المشْتَرَى لنفسه ، ولو سمى الموكل للوكيل الثمن لاحتمال الرغبة فيه بأزيد مالم يكن بعد تناهي الرغبات فيه ، أو لم يأذن له ربه في البيع لنفسه وإلا جاز . كما يمنع البيع لصغير الوكيل أو سفيهه ؛ لأنه من قبيل البيع لنفسه . وكذا يمنع البيع لشريكه بمال الشركة ، بخلاف زوجة الوكيل أو ولده الرشيد فلا يمنع لاستقلالهم بشئونهم إن لم يحاب لهما . فإن حابى مُنع ، ومضى البيع وغرم الوكيل ما حابى به ، والعبرة بالمحاباة وقت البيع .

بيع الأب :

تصرف الأب في مال ولده يحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه إذا باع متاع ولده لنفسه . وإن باعه للغير حمل على السداد والنظر اتفاقًا حتى يثبت خلافه . ولا اعتراض للولد بعد رشده ، وإن باع لنفسه وتحقق ذلك فسخ ، كما إذا حابى به غيره فيرد مع القيام ويغرم قيمته مع الفوات .

بيع الوصي والحاكم :

لا يبيع الوصي والحاكم بالقيمة بخلاف الأب فله ذلك ، ولا يبيع لنفسه ، ويبيع ما دعت الضرورة لبيعه من مال اليتيم بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع ، وأنه الأولى مع تحديده ووصفه وعدم وجود زائد على الثمن ، والسداد في الثمن . وهذه شروط صحة البيع [1] .

وإنما يباع عقار الصغير ، أو غير ذى الأهل لحاجة ، أو غبطة ، أو للتخلص من

---

(1) يقول ابن رشد : « أما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال : مالك « يجوز » وقيل عنه : لا يجوز . وقال الشافعي : « لا يجوز » .بداية المجتهد جـ 2 ص 303 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 208 ، 209 .

حكر ، أو لكونه حصة أو قلت غلته ، أو بين جيران سوء أو لخراب ولا مال للتعمير .

وحكم البيع البطلان ؛ لأن المنع للمصلحة العامة فليس بطلانًا خاصًا ، فيصبح لكل إنسان طلب بطلانه .

الشيء الذي يجوز بيعه : من أركان البيع وجود مبيع ، فلا توجد حقيقة البيع بدون وجوده إذا لم يكن البيع مؤجلًا كالسلم ، فإن كان بتا وتلف المبيع المعين بيعًا صحيحًا وقت ضمان البائع بسماوي بطل البيع ، فلا يلزم البائع الإتيان بمثله بخلاف الموصوف في الذمة كالسلم فيلزم الإتيان بمثله .

فإن تلف بعض المبيع المعين وقت ضمان البائع أو استحقاقه ، كعيب به فينظر في الباقي بعد التلف أو الاستحقاق ، فإن كان النصف فأكثر لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد المبيع ، وكان قائمًا فإن اتحد أو فات خُيِّرَ المشتري ، وإن كان الباقي أقل من النصف تعين الفسخ إلا المثلي فيخير فيهما مطلقا ، وخير مشتر بين فسخ وإمساك بالقيمة ، أو بالمثل إن غيب بائع المبيع وادعى ضياعه ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري ، أو عيبه ، أو استحق بعض شائع وإن قل [1] .

وإتلاف المشتري للمبيع قبض وإتلاف الأجنبي والبائع يوجب الضمان كتعييبه .

ومن اشترى شيئًا فاستحق من يده رجع المشتري المستحق منه ذلك الشيء بالثمن الذي خرج من يده على بائعه . فإن كان عرضًا معينًا رجع به أو بقيمته إن فات ، وإن كان عرضا غير معين فليس فيه الرجوع إلا بالمثل .

والقاعدة العامة أن كل شيء طاهر منتفع به مباح مقدور على تسليمه [2] غير منهي عنه ، وغير مجهول للطرفين يجوز بيعه شرعًا [3] . وأما حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى فلا يجوز بيعه [4] ؛ لأنه مقصور على ذات المستعمل ، فلا يورث عنه ، ولا يؤجر ولا يباع ، فهو حق انتفاع وليس حق منفعة ، وفَرَّقَ

---

(1) وخير مشترٍ بَين فسخ البيع ، والتماسك به فيرجع على البائع بقيمة المقوم ، أو مثل المثلي إن غيب بائع المبيع وادعى ضياعه ، ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري .. الشرح الصغير (79/3) .

(2) قاعدة : كل شيء طاهر منتفع به مباح مقدور على تسليمه غير منهي عنه ، غير مجهول للطرفين يجوز بيعه شرعًا .

(3) هذه هي شروط صحة المعقود عليه (طهارة ، وانتفاع به شرعًا ، وعدم نهي ، وقدرة على تسليمه ، وعدم جهل به . الشرح الصغير (4/3) .

(4) قاعدة : حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى لا يجوز بيعه .

بينهما كما يعلم بالرجوع إلى العارية .

وأجر تذكرة الإياب بالسكة الحديد لا يستعملها شرعًا إلا الذي ذهب بها أولًا ؛ لأن التخفيض فيها ملحوظ فيه الذهاب أولًا ، ودفع الأجر ، وليس المراد أي شخص آخر غير الذي ذهب بها فهو الذي يعود بهذا الامتياز الشخصي ، وهو الذي ينتفع به دون غيره ، فلو باعها لغيره لربح الفرق بين تذكرة السفر للذهاب وتذكرة السفر للإياب على أنه قد استعمل هذا الامتياز في الذهاب أيضًا فلا يجوز .

الأجرة الصغيرة للعمال : وما يعطى لمتعلمي الحرف ، والصنائع ، ومهايا الموظفين كل هذا لا يصح بيعه ؛ لأنه لا ينطبق عليه تعريف البيع إن كان مبيعًا ؛ لأن الأجر عملة مصكوكة ، وقد يكون الثمن كذلك فهو أقرب إلى الصرف منه إلى البيع . على أنه يشترط أن يكون المبيع مملوكًا للبائع ، وما دام لم يستحق الأجر فلا يملكه البائع .

وكذا لا يجوز بيع حصة الميراث قبل استحقاقه ، وكذا الحيوانات المصابة في حالة النزع وهي لا تؤكل ، فإن جاز أكلها صح بيعها . وصح بيع الميتة إذا كانت تراد لتكون سمادًا للزرع ، ففيها خلاف راجع خليل عند قوله : (وشرط للمعقود عليه طهارة) ، وبيع الأرانب الجبلية قبل صيدها لا يجوز ؛ لأنه بيع ما لا يقدر على تسليمه [1] .

بيع ملك الغير : لا يجوز بيع ملك الغير ، وعزِّر فاعله احترامًا لأملاك الناس ، وزجرا لأمثاله . فإن وقع البيع من الغير (وهو المعروف ببيع الفضولي) ، فيوقف نفاذ البيع على رضاء مالكه علم المشتري ، أو جهل كون البائع فضوليًا [2] ، فالبيع لازم من

---

(1) يقول الحطاب : « وشرط المعقود عليه طهارة » . مواهب الجليل جـ 4 ص 258 الشرح الصغير جـ 4 ص 4 . ويشترط في المبيع فيما نص عليه الفقهاء كذلك أن يكون موجودا عند العقد ، وأن يكون مالا مملوكا لمن يلي العقد ، مقدور التسليم ، ومعلوما لكل من العاقدين . انظر حاشية ابن عابدين 100/4 وبدائع الصنائع 149/5 وحاشية الدسوقي 10/3 وشرح منتهى الإرادات 142/2 والفروق 240/3 ومغني المحتاج 11/2 .

(2) تناولت المادة 466 و 467 و 468 من القانون المدني المصري حكم بيع ملك الغير ، وأخذت هذه المواد بأن مثل هذا البيع صحيح ، وإن جاز لكل من المالك والمشتري المطالبة بإبطاله . ويأخذ الفقه الإسلامي بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة القابلية للبطلان طبقا لما أشير إليه من قبل . وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الفضولي ، فذهب الشافعي في الجديد والحنابلة إلى أن بيع الفضولي باطل وإن أجازه المالك . ومذهب المالكية والحنفية والشافعي في القديم أن عقد الفضولي صحيح موقوف على إذن المالك ورأيه لحديث عروة بن الجعد البارقي « أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري به شاة ، فاشترى به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، ثم عاد بالدينار والشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه » . انظر : بدائع الصنائع 149/5 ، وحاشية الدسوقي 12/3 والمغني لابن قدامة 16/4 وكشاف القناع 157/3 .

جهة المشتري منحل من جهة المالك ، فإن أجازه المالك لزم وطولب الفضولي بالثمن فقط ؛ لأنه أصبح وكيلًا للمالك ، فإن كان المالك حاضرًا البيع وسكت كان البيع لازمًا من جهته أيضًا . وكذا لو بلغه البيع فسكت سنة ولا عذر بجهل في السكوت . فإن مضى عام وهو ساكت سقط حقه في الثمن إن كان البيع بحضرته ، فإن كان البيع في غيبته سقط حقه بعد مضي مدة الحيازة عشر سنوات [1] .

ومتى ألغي بيع الفضولي بطلب المالك فللمشتري الغلة إن اعتقد أن البائع مالك لما بيع ، أو لا علم عنده بشيء أو علم أنه غير مالك لكن قامت شبهة تنفي عنه العداء ، كأن يكون من ناحية المالك ، ويتعاطى أموره فيظن أن المالك وكله في البيع ، وإلا فالغلة للمالك متى رد المبيع .

والبيع في التشريع الإسلامي تمليك للعين المبيعة ينعقد بالإيجاب والقبول ، ويوقف على رضاء المالك الحقيقي ، فهو باطل بطلانًا خاصًّا يعني ينقلب صحيحًا متى أجازه المالك ، وهذا هو التشريع الوضعي الفرنسي نصًّا بنص ؛ ولذلك ذكر الخلاف في وصف البطلان ، ثم قال : (أو باطل بطلانًا خاصًّا وهو الراجح) .

وليس في نقض بيع الفضولي تعويض مالي . وإنما يرجع المشتري على البائع بالثمن ، ثم يؤدبه الحاكم بما يرى . وللمالك نقض بيع الفضولي إن لم يفت المبيع بذهاب عينه فقط ، فإن فات كان على الفضولي الأكثر من ثمنه وقيمته غاصبًا أو لا .

إلغاء بيع الفضولي حق لمالك العين المبيعة ، ولكن لا يرفع دعوى إلغاء ، وإنما يستردها من يد المشتري من الفضولي . فإن سكت بعد علمه مدة عام سقط حقه في الإلغاء متى كان المبيع عروضًا . فإن كان عقارًا فلا يسقط حق استرداده إلا بمضي مدة الحيازة وهي عشرة أعوام بشروطها .

وقد حصل خلاف بين علماء المالكية في المدة الطويلة التي لا يفسخ فيها بيع الفضولي هل ترجع لمدة الحيازة فيفرق بين المنقول والعقار والأجنبي والقريب ، أو أن المدة الطويلة عام بعد علمه في كل الأحوال فله الأكثر من الثمن أو من القيمة ، أو ما لم

---

(1) جاء في الشرح الصغير قوله : « وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المتاع ، وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه مالم يقع البيع بحضرته ، وهو ساكت ، فيكون لازما من جهته أيضًا ، وصار الفضولي كالوكيل . الشرح الصغير (3/5) وهذا هو مذهب المالكية كما سبق .

يمض ثلاثة أعوام من البيع وإلا سقط حقه . والأولى الرجوع لنظر قاضي الموضوع ، فإن رأى السنة طولًا عمل بها ، وإن رأى غيره عمل به حسب العرف ؛ لأن مبنى التشريع على العرف والعادة الصحيحة التي لم تخالف كتابًا ، ولا سنة ، ولا إجماعًا .

وعلم المشتري بأن بائعه فضولي يقتضي عدم تملك المبيع ولو طال الزمن فيعتبر غاصبًا ، ويصح بيع الفضولي متى تملك ما باعه أو صادق المالكُ على البيع ، فالتشريع الوضعي عمل بهذا .

الثمن : الثمن ركن من أركان البيع ، فلا يتحقق البيع بدون الثمن فإن عُدم فهو هبة ، ويشترط في الثمن زيادة على ما سبق أن يكون معلومًا وقت التعاقد ، فإن كان مجهولًا كبعتك بما يظهر من السعر بين الناس اليوم أو غدًا فلا يصح البيع ، وهذا من قبيل بيع الغرر الفاسد ، كبيعها كذلك بقيمتها التي ستظهر في السوق ، أو ما يقوله أهل الخبرة للجهل بالعوض ، أو على حكم زيد أو على رضاه (يعني العقد بتًّا والثمن موكول على حكمه) [1] .

وأما بيع الصبرة (الكوم) المجهولة القدر كل صاع بكذا فهو بيع صحيح ، فعلم الجملة والتفصيل يصح ، وجهلهما يبطل (إلا بيع الجزاف بشروطه وقد سبق بيانه) وجهل الجملة فقط مع العلم بالتفصيل يصح ، وجهل التفصيل مع العلم بالجملة يصح .

ويصح أن يكون الثمن في البيع عقارًا أو منقولًا ؛ لأن البيع أعم من البدل كبيع منزل بثلاثة خيول مثلًا ، فإن أردنا البيع بالمعنى الأخص خرج البدل ، وتعين أن يكون الثمن نقدًا ، وعلى كل حال فتسمية البدل بيعًا تجاوز عن معنى البيع الخاص .

---

(1) أوجبت المادة 479 مدني أردني تحديد الثمن وتعيينه عند البيع ، وذلك بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرا ، أو ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا ، أو بمجرد اتفاق العاقدين على أسس صالحة لتحديد هذا الثمن عند التنفيذ . وطبقا لذلك يجوز الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق ، أو السعر الجاري في التعامل بينهما أو في التعامل التجاري (مادة 423 مدني مصري) وعلى الرغم من أن المنصوص عليه في الفقه الإسلامي هو وجوب تعيين الثمن حين التعاقد فإن قبول بيع المسترسل الذي لا دراية له بسعر السوق وتركه السعر للطرف الآخر يدل على أن الفقه الإسلامي ينبغي أن لا يعارض في صحة تحديد الثمن بالاتفاق على أسس صالحة لتحديده فيما بعد ، شريطة ألا يفضي مثل هذا الاتفاق إلى المنازعة . وهو ما قبلت به المادة 388 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية . انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 175/2 وما بعدها ، وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 125 .

أما كون الثمن حقيقيًا لا اسميًا فهذا مرجعه للطرفين ، فلو أمكن صاحب المنفعة إثبات أن هذا البيع صوري بلا ثمن صح فسخه؛ لأنه ألحق به ضررًا كدائن مثلًا أو وارث [1] .

الغبن في الثمن : الغبن في الثمن لا رد فيه متى حصل بين عارفين أو خالف العادة ، فإن استسلم أحد المتبايعين لصاحبه وأخبره بجهله بالثمن أو المثمن وطلب منه أن يبيعه كما يبيع الناس فقال البائع : « هي في العرف بعشرة فاشتر مني بالعشرة » ، أو يقول البائع : « أنا لا أعرف قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس » ، فيقول : « هي في عرفهم بعشرة » ، فإذا هي بأكثر في الموضوعين أو أقل في الموضعين ، فللمغبون الرد بالاتفاق .

فإن كان المغبون جاهلًا ولم يستسلم للآخر ففي رده خلاف .

قال ابن القصار [2] : إنه يجب الرد بالغبن إن كان أكثر من الثلث $\frac{4}{12}$. وقال المتيطي [3] : وبه أفتى ابن عرفة [4] والمازني [5] والبرزلي [6] إن زاد المشتري المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذا إن باع لنقصان الثلث من قيمته ، فأعلى

(1) راجع مثلا مواهب الجليل جـ 4 ص 270 عن أحكام بيع الفضولي ، والشرح الصغير جـ 3 ص 5 ، 6 .

(2) علي بن عمر بن أحمد البغدادي بن القصار . حدث عن علي بن الفضل الستوري وغيره ، روى عنه : أبو ذر الحافظ ، وأبو الحسين بن المهتدي بالله ، وكان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري . قال القاضي عياض : كان أصوليًا نظارًا ، توفي سنة 397 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 58/13 ، 59 ، تاريخ بغداد 41/12 ، شذرات الذهب 149/3 .

(3) هو علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، يعرف بالمتيطي السبتي الفارسي ، أبو الحسن ، فقيه محقق مطلع ، عارف بالشروط ، وتحرير النوازل ، لازم بفاس ، ألف كتابًا كبيرًا في الوثائق سماه « النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام توفي سنة 570 . شجرة النور الزكية ص 163 .

(4) هو محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله الورغمي التونسي المالكي ، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره توفي سنة 803 هـ . من مؤلفاته المختصر الشامل - المبسوط . انظر الأعلام 43/7 .

(5) هو أبو الغنائم المسلم بن أحمد بن علي بن أحمد المازني النصيبي ثم الدمشقي ، ويعرف في وقته بخطيب الكتان ، ولد سنة ثمان وثلاثين وخمسمائة . وسمع من عبد الرحمن بن أبي الحسن الداراني الصائن هبة الله وأخيه الحافظ أبي القاسم . وحدث عنه البرزالي ، والضياء ، والقوصي . وغيرهم . وتوفي سنة 631 هـ .
ترجمته :
- الذهبي في « العبر » 126/5 .
- الذهبي في « السير » 291/16 .

(6) هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي ، مفتيها وفقيهها وحافظها وإمامها بالجامع الأعظم بعد الإمام الغبريني . له فتاوى كثيرة في فنون من العلم ، توفي سنة 841 أو سنة 843 أو 844 وعمره 103 سنة . شجرة النور الزكية ص 245 رقم 879 .

إذا كان جاهلًا بما صنع وقام قبل مجاوزة العام .

فالتشريع الإسلامي في هذه النقطة أدق وأحوط ؛ لأنه جعل الغبن مغفورًا في أقل من الثلث ، والتشريع الوضعي جعل الغبن مغفورًا لأزيد من النصف $\frac{7}{12}$.

نفقات استحضار مستندات الملكية وتوقيع البائع هي على البائع ، ونفقات العقد ورسم التسجيل وتوقيع المشتري والشهود على حساب المشتري إلا لعرف أو شرط فيعمل به [1] .

بند [55] واجبات البائع

القانون الفرنسي : أوجب القانون في تفسير العقود أن تكون لمصلحة المشتري ، فيجب على البائع تحديد التزاماته تحديدًا بينًا واضحًا لا لبس فيه ، فيجب على البائع أربعة أشياء :

أولًا : نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري . وهذا أول واجب على البائع للمشتري .

ثانيًا : تسليم المبيع . وهو وضع الشيء المبيع وقت انعقاد البيع تحت تصرف المشتري ، وتمتعه ووضع يده عليه . ونفقات التسليم على البائع ونفقات النقل على المشتري .

ثالثًا : ومكان التسليم هو مكان وجود الشيء المبيع وقت انعقاد البيع إلا لشرط آخر .

فإن لم يدفع المشتري الثمن الحال جاز للبائع حجز المبيع تحت يده حتى يدفع الثمن ، فلو كان الثمن لأجل جاز بحكم قضائي ، أو توقف عن الدفع فالبائع أحق بسلعته ليستوفي منها باقي الثمن .

فإن امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة في الوقت المحدد بغير حق جاز للمشتري : إما إجباره قانونًا على التسليم ، وإما حل البيع وطلب التعويض في كلتا الحالتين .

رابعًا : والتسليم للشيء المبيع وما يتبعه مما يكون وجوده ضروريًا في الاستعمال عادة كما يسلم حسب حالة وقت العقد ، وبعد مضي هذا الوقت فجميع مصاريفه على المشتري .

---

(1) يقول ابن رشد : « الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه ، إما من جهة الجهل بتعين المعقود عليه ، أو تعين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع أو بقدره » بداية المجتهد جـ 2 ص 148 .

الخطأ الذي يشمل بيع الأرض (خطأ المساحة) :

(1) **بيع الأرض مع بيان المساحة :** في هذه الحالة قدر القانون أن الطرفين جعلا للمساحة المنزلة الأولى في المبيع ، بمعنى أن المساحة المسماة في العقد هي الواجب تسليمها ، فإن وجدت أقل فعلى البائع بنسبة الثمن ، وإن وجدت أكثر فعلى المشتري ، غير أن المشتري في هذه الحالة مخير بين نقض البيع ، أو قبوله متى كانت الزيادة $\frac{1}{20}$ فأكثر .

(2) **بيع الأرض مع عدم بيان المساحة :** في حالة بيع شيء محدد أو بيع شيء منفصل من أصل أو 100 متر وما يقرب من هذا ، فلم يقصد الطرفان المساحة ، ففي هذه الحالة إن ظهر عجز أو زيادة فلا نقص ولا زيادة في الثمن إلا إذا كان العجز أو الزيادة عن المدون في العقد $\frac{1}{20}$ فيحسب ما يخصها في الثمن ، وحينئذ فللمشتري الحق في عدم قبول البيع ، وله الثمن وما أنفقه لعمل العقد .

دعوى طلب الثمن في الزيادة أو حط الثمن في النقص ، أو نقض البيع عند زيادة $\frac{1}{20}$ من المساحة ترفع في مدة سنة من تاريخ العقد .

ضمان البائع لعدم المعارضة وعدم نزع ملكية المبيع :

وهو أن يضمن البائع إلى المشتري عدم معارضة أحد له في الملكية ، ولا في وضع اليد باستمرار ؛ والمعارضة قسمان :

(1) **معارضة في الحق :** وتتكون من معارضة الغير مدعيًا استعمال حق له طبيعته تنقص حقوق المشتري على العين المبيعة ، كدعوى الملكية ، أو حق عيني له على العين ، أو يعارض في حقوق هذه العين كحق الارتفاق إلخ .

(2) **معارضة فعلية :** وتتكون من كل فعل يضر عمليًا بالمشتري بدون ادعاء أن له حقًا في ذلك .

وعدم نزع الملكية يتكون من حرمان من حق ناتج عن حكم قضائي ، وينتج عمليًا عن ضمان المشتري للبائع ثلاثة أشياء :

أولًا : ضمان العمل الشخصي : ومادة هذا الالتزام أن البائع نفسه لا يمكنه أن يعارض المشتري في وضع يده على الشيء المبيع ، فلو فعل عارضه المشتري بالضمان اتباعًا للقاعدة (من يلزمه الضمان لا يمكنه نزع الملكية) ، وكذا لا يمكنه أن يعمل

أي فعل يلحق ضررًا بالمشتري ، وهذا الضمان لا يتجزأ حتى ولا من ورثة البائع .

ثانيًا : ضمان التعرض للمشتري الحاصل من الغير : ومادة هذا الالتزام تتكون من أن الغير إذا تعرض للمشتري في وضع يده أو في الملكية وجب على البائع التعرض للدفاع عنه ، ولا يمتد هذا الضمان إلا في المعارضة في الحق دون المعارضة في الفعل .

والذي يضمنه البائع ما كان سببه سابقًا على البيع ، ويتكون من عدم وجود حق أو عدم كفاية الأدلة عند البائع وذلك في التعرض في الحق فقط .

وللمشتري أحد طريقين عند رفع دعوى ضده تمس حقوقه في العين المشتراة ، إما إعلان البائع للحضور في الدعوى المرفوعة ضده ، وإما السير منفردًا ثم الرجوع عليه بما يحكم به عليه .

ثالثًا : ضمان نزع الملكية : ومادة هذا الضمان تتكون فيما إذا حكم بأحقية الغير لهذا الشيء المبيع من تولد الالتزام بالتعويض إلى المشتري بمبلغ من المال [1] .

بند [56] واجبات البائع

التشريع الإسلامي : تفسير العقود دائمًا يكون في مصلحة العدالة مع تحكيم العرف [2] ، فيجب على البائع بيان ما عليه المبيع من عيوب قلت أو كثرت ، ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا .

وأما قول العلماء : « أن بيع الحاكم والوارث بيع براءة » ، فمحله إذا لم يكن عالمًا بالعيب وإلا كان مدلسًا ، فعلى البائع تفصيل العيوب ، أو إراءتها للمشتري ولا يجمله ، فإن أجمله فمدلس ، ويرد المبيع بما وجده المشتري فيه .

---

(1) انظر : البنود من 1602 إلى 1624 في الفصلين : الأول والثاني من الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 56 – 90 .

(2) أفردت مجلة الأحكام العدلية عددا من المواد المتعلقة بموضوع تفسير العقود ، منها المادة الثانية ، ونصها : « العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » ومنها المادة الثانية عشرة ، ونصها : « الأصل في الكلام الحقيقة » ومنها المادة الثالثة عشرة ، ونصها : « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ، ومنها المادة الستون ، ونصها : إعمال الكلام أولى من إهماله » ومنها المادة 36 ، ونصها : العادة محكمة ، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي » وفي معنى هذه ما جاء في المادة 37 ، ونصها : « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » . وقد اشتمل القانون المدني الأردني والعراقي على أكثر هذه القواعد التفسيرية المأخوذة من مجلة الأحكام العدلية والفقه الحنفي .

ولا رد إن أتى المشتري بما يدل على الرضاء ، وبسكوت طال بلا عذر أكثر من يومين بعد الاطلاع ، فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر أو نشر ، أو ذبح ، فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل بهما . فيضمن البائع للمشتري :

1 - نقل ملكية المبيع للمشتري بالتوقيع على عقد البيع مع استيفاء ما نص عليه من أوامر ولوائح ولي الأمر .

2 - تسليم المبيع إلى المشتري [1] ، وهو يختلف حسب طبيعة المبيع ، ففي المنقول يسلم يدًا بيد للمشتري أو لوكيله ، وفي العقار بالتخلية بينه وبين المشتري ، وبتسليم مفتاح البيت مثلًا . وفي المكيل ، والمقيس ، والموزون بالكيل ، والمقاس ، والوزن ، ونفقات التسليم على البائع والنقل على المشتري ؛ ومكان التسليم المكان المشترط في العقد ، فإن لم يكن شرط فمحل وجود المبيع إن لم يكن فيه مشقة على المشتري ، أو كان العرف خلاف ذلك فيعمل به .

فإن كان البيع منجزًا والثمن حالًا تعين على المشتري دفع الثمن ، أو ما اشترط تعجيله منه ، فإن لم يدفع جاز للبائع إمساك المبيع حتى يدفع الثمن ، أو ما تعجل منه .

والبائع أحق بسلعته نظير باقي ثمنها عند إفلاس المشتري ، أو تصفية محل تجارته بشروط سبقت في الإفلاس .

ومتى تم البيع صحيحًا مستوفيًا لشروطه وجب على البائع تسليم المبيع ، فإن لم يفعل أجبره الحاكم على التسليم [2] ، وخير المشتري بين فسخ وإمساك بالقيمة أو بالمثل إذا غيب بائع المبيع ، ولم يسلمه للمشتري بأن غيبه وادعى ضياعه ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري أو عيبه أو استحق بعض شائع وإن قل [3] .

---

(1) تناولت المادة 428 من القانون المدني المصري والمادة 394 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية واجب البائع في القيام بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع إلى المشتري ، وفي الامتناع عن أي عمل من شأنه أن يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرا ، وهو ما جاء في المادة 535 من التقنين العراقي ، والمادة 488 من التقنين الأردني ، والمادة 466 ، و 467 من التقنين الكويتي . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 128 .

(2) قاعدة : متى تم البيع صحيحًا مستوفيًا لشروطه وجب على البائع تسليم المبيع وإلا أجبره الحاكم على ذلك .

(3) النص كاملًا في الشرح الصغير (79/3) .

ويجب أن يكون التسليم للمبيع كاملًا بمعنى أن يسلم ما يتبعه ، وما يكون ضروريًا لوجوده ، أو لاستعماله كمفاتيح الماكينة وكوعاء السائل الذي لا يباع إلا به .

والمبيع على الصفة ، أو برؤية متقدمة ضمانه من المشتري بالعقد إن كان عقارًا وأدركه عقد البيع سالمًا ، فإن كان المبيع غير عقار ، أو أدركته الصفقة معيبًا ، فالضمان من البائع إلا لشرط من المشتري في العقار أنه على البائع أو من البائع على المشتري في غيره فيعمل به [1] .

الخطأ الذي يحدث في مساحة الأرض المبيعة :

يجوز بيع الأرض قطعة واحدة أي جزافا بدون نظر إلى مقاس ، فيبيع هذه القطعة من الأرض المعروفة للبائع والمشتري بخمسين جنيهًا ، فتدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ؛ لأنه ليس فيها حق توفية فقد خرجت من المثلي الذي يقاس فلا رد للمشتري على البائع بما نقصت فيما قدر لها ، ولا مطالبة من المشتري بفرق الثمن في زيادتها عما قدر لها ، فالمساحة ليست منظورة للطرفين .

وأما بيع الأرض مذارعة يعني كل ذراع أو متر بكذا فمراد المتعاقدين البيع والشراء على اعتبار المقاس ، فإن اشترى قطعة من الأرض محددة بثمن 50 قرشًا للمتر الواحد ، فتقاس ويدفع للمشتري الثمن حسب المقاس على طبيعة الأرض ، فإن اشترى خمسين مترًا من هذه الأرض فلم يسلمه سوى عشرين ، أجبر على تسليم الباقي ، وترجع المسألة إلى عدم تسليم المبيع السابق تفصيلها .

ولا شك في أن التشريع الوضعي لما نقلها نصًا مع حكمها فقط زاد عليها حكم $\frac{1}{20}$ في بيع الأرض مع عدم بيان المساحة ، وهو ليس بشيء ؛ لأن المشتري في هذه الحالة بالجملة (جزافًا) .

دعوى النقص في المبيع أو الزيادة فيه من المشتري أو البائع كدعوى ظهور العيب في المبيع .

(1) يجوز بيع السلعة على الصفة لها من غير بائعها ، بل من البائع إن لم يكن المبيع في مجلس العقد ، وإن كان بالبلد ... وجاز البيع على رؤية سابقة للمبيع إن لم يتغير عادة ، وضمان المبيع غائبًا على الصفة ، أو برؤية متقدمة من المشتري إن كان عقارًا ، وأدركته الصفقة سالمًا ، وإلا يكن عقارًا ، أو أدركته الصفقة معيبًا فمن البائع الضمان إلا لشرط فيهما . الشرح الصغير (12/3 ، 13) .

وهو خيار النقيصة في المبيع [1] ، فيجب القيام بها فور علمه بها في اليوم واليومين ، فسكوته أو تصرفه في العين المبيعة يعتبر رضى يمنع الرد .

ضمان البائع صحة البيع وعدم المعارضة أو نزع الملكية .

بالبيع يضمن البائع للمشتري صِحَّةَ ملكية العين المبيعة ، وعدَم معارضة الغير له في : حقوق الملكية ، ولا في وضع اليد ، ولا في وجود حقوق عينية على العين المبيعة أيًّا كانت ؛ فهو ضامن شخصيًّا ملتزمًا بعدم التعرض للمشتري بنفسه ، متعهدٌ سلامة العين المبيعة من تعرض الغير للمشتري بسبب سابق على المُشْتَرَى . فإن اشترى أرضًا منذ سنتين ووضع يده عليها ثم أهملها فوضع آخر يده عليها ، مدعيًا الملكية منذ سنة مثلًا فلا ضمان على البائع الأول [2] .

فإذا تعرض للمشتري أحد بسبب سابق على البيع كان البائع ضامنًا ، وللمشتري الحق في إحضاره في مجلس القضاء ليسمع دعوى الغير ضامنًا صحة بيع وملكية العين المبيعة للمشتري . فإن حكم برفض دعوى الغير سلمت العين للمشتري ، وإن استحقت فقد نص على أن من اشترى شيئًا فاستحق من يده رجع المستحق منه ذلك الشيء بالثمن الذي خرج من يده . فإن كان الثمن عرضًا معينًا رجع به أو بقيمته إن فات ، وإن كان الثمن عرضًا غير معين فليس فيه الرجوع إلا بالمثل [3] .

بند [57] ما يجب على البائع دفعه للمشتري

في حالة نزع ملكية المبيع كلية

القانون الفرنسي : للمشتري الذي نزعت ملكيته ما اشتراه أن يرجع على البائع بالآتي :

1 - إرجاع الثمن ، وهو ما دفعه المشتري كاملًا ، ولو نقص الثمن في المدة التي

---

(1) خيار النقيصة هو ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب في المبيع . الشرح الصغير (58/3) .

(2) تناولت المادة 439 من القانون المدني المصري والمادة 406 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع ضمان البائع عدم التعرض للمشتري في المبيع ، ونصها : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله ، أو بعضه » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 135 .

(3) يقول الدردير عن إتمام البيع : « بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثمن [السلعة] أو يدفعه له البائع » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

بين البيع ونزع الملكية .

2 - إرجاع الثمرات التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الحقيقي .

3 - مصاريف التقاضي فيما رفع منه ، وعليه بخصوص استرداد هذه العين المبيعة منه .

4 - دفع التعويض : إذا زاد المبيع عن يوم البيع يدفع البائع قيمة الزيادة عن الثمن بشرط أن لا يكون المشتري سببًا في خسارة قضيته ، بأن ترك للبائع التقاضي وجهًا لوجه مع مسترد البيع .

5 - دفع ما أنفقه المشتري على العين المبيعة من وقت البيع إلى يوم نزع الملكية .

تعويض المشتري إذا استحق بعض المبيع : إذا استحق بعض المبيع وكان الجزء المستحق مهمًا فللمشتري نقض البيع ، كما يجوز له قبوله ، وحينئذ يعوض عن الجزء المستحق بما يساويه يوم نزع الملكية لا يوم البيع .

كل هذا في ضمان الحق لا ضمان الفعل عند عدم الاتفاق على الضمان في العقد ، فإن اتفقا على شروط خاصة أو عامة في الضمان كان معمولًا بها في الحق أو الفعل .

ويمكن اشتراط عدم الضمان كلية إلا أن هذا لا يعفي البائع من ضمان فعله هو ، فكل اتفاق ضد هذا باطل ، كما يكون ملزمًا برد الثمن ، ولو اشترط عدم دفعه إلا في حالتين :

1 - أن يكون المشتري عرف خطر نزع الملكية من وقت الشراء وأقدم عليه .

2 - أن يكون المشتري قد اشترى لحسابه المكسب والخسارة بدون مسئولية البائع .

ضمان العيوب المخفية :

مادة هذا الالتزام : البائع ملزم قانونًا بضمان العيوب المخفية التي في المبيع ، وتستوجب الإقالة منه ، وهو العيب الخفي الذي يجعل العين المبيعة عاجزة عن أداء ما وجدت له ، أو أنقصت استعمالها بحيث ما كان يقدم عليها المشتري لو علم بها أو يشتريها بثمن قليل .

الشروط المطلوبة لتحقق هذا الضمان : ليكون البائع مسؤلًا عن ضمان هذه العيوب يجب :

1 - أن تكون العيوب مخفية ، بحيث لا يمكن للمشتري معرفتها ، فإن كانت

ظاهرة فلا ضمان .

2 – أن لا يكون المشتري عالمًا بهذه العيوب .

3 – أن تكون العيوب المخفية موجودة وقت البيع ، فما حدث بعده على حساب المشتري .

4 – أن تكون العيوب المخفية موجبة للإقالة من البيع ، كما ذكرها في مادة الالتزام .

5 – أن لا يكون البيع حصل بسلطة قضائية .

حقوق المشتري في حالة اكتشاف العيوب الخفية :

1 – له حق فسخ البيع ، وله حق قبوله مع نقص في الثمن حسب رأي أهل الخبرة .

2 – وله حق طلب تعويض من البائع متى كان يعلم بالعيب وقت البيع ؛ فإن حسنت نيته وكان لا يعلم فعليه ما أنفق على عقد البيع وتتلاشى حقوق المشتري المذكورة بأحد أمرين :

أولًا : مضي المدة فيسقط الحق ، ولم يحدها القانون فيعمل بالعرف والعادة في مكان البيع ، وعند عدمهما يترك ذلك للمحكمة .

ثانيًا : بفقد الشيء المبيع أو بتلفه بقوة خارجة عن إرادة المشتري ما لم يكن التلف ناتجًا عن صفات المبيع الرديئة التي سببت ذلك ، فيصبح حينئذ حق المشتري ثابتًا لا نزاع فيه .

التزامات المشتري :

يجب على المشتري شيئان :

أولا : دفع الثمن .

ثانيًا : استلام العين المبيعة . فإذا لم يدفع الثمن أو لم يستلم العين المبيعة فللبائع الحق في فسخ البيع :

أولًا : التزام دفع الثمن : يجب على المشتري دفع الثمن في مكان وزمان التسليم للمبيع ، إلا لشرط بينهما يخالف ذلك ، ويجوز للمشتري تأخير دفع الثمن متى كان هناك نزاع ومعارضة من الغير أو خوف دعوى استرداد حتى يؤمن البائع المشتري على مشتراه . ولا يجوز له تأخير دفع الثمن متى حل لأي سبب في موضعين :

أولًا : متى قدم البائع ضمانًا كافيًا عند تعرض الغير .

ثانيًا : متى اشترطا في العقد عدم جواز التأخير في دفع الثمن لأي سبب .

ويدفع المشتري فائدة الثمن في ثلاثة مواضع :

1 – متى كان مشترطًا في عقد البيع .

2 – متى أعلن البائع المشتري بدفع الثمن .

3 – متى كان المبيع يستغل واستلمه المشتري ، فتجعل الفائدة للبائع كتعويض له عما فقد من ثمرة انتقلت للمشتري ولم يدفع ثمنها .

ثانيًا : دعوى فسخ البيع وهي الدعوى التي يرفعها البائع لإلغاء البيع واسترداد المبيع مع التعويض لعدم قيام المشتري بما تعهد به ، ويرجع أثرها ليوم المشْتَرَى ، وكأنه لم يحدث بيع قط . وليست دعوى فسخ البيع خاصة بعقد البيع ، بل هي دعوى ترفع لفسخ أي عقد فيه تعهد من جانبين متقابلين لعدم الوفاء بتعهد أي طرف منهما .

والفسخ لا يحصل بقوة القانون ، بل لا بد من حكم به بناءً على طلب البائع فقط . وعلى المحكمة الحكم بالفسخ حالًا متى كان المبيع أو الثمن في خطر . فإن لم يكن هناك خطر جاز للقاضي منح المشتري أجلًا للقيام بتعهداته ، فإن مضى الأجل ، ولم يف بما تعهد به ، وجب الحكم بالفسخ .

وتوجد أحوال يتم الفسخ فيها بقوة القانون وهي :

1 – متى نص الطرفان في العقد على أن الفسخ يتم بدون حكم ولا سابق إنذار .

2 – إذا كان المبيع حبوبًا أو سندات مالية . فإذا مضى الأجل ، ولم يحضر المشتري لدفع الثمن واستلامها يعتبر البيع مفسوخًا من نفسه بقوة القانون .

نتائج فسخ البيع المحكوم به أو الذي تم بحكم القانون :

متى تم فسخ عاد إلى يوم البيع فيعتبر البائع كأنه لم يبع ، وأنه لا زال مالكًا للمبيع ، ويعتبر المشتري كأنه لم يملك شيئًا ، فكل ما رتبه على العين المبيعة من حقوق تعتبر لاغية وكأنها لم تكن [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1625 إلى 1657 من البابين الرابع والخامس ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 60 – 67 .

بند [58] ما يجب على البائع دفعه للمشتري في حالة نزع ملكية المبيع (استحقاقه للغير من يد المشتري)

التشريع الإسلامي :

في استحقاق المبيع التفصيل الآتي :

أولًا : إذا كان المبيع مقومًا معينًا متعددًا في صفقة واحدة ، كعشر أثواب بمائة مثلًا ، فوجد المشتري في بعض المبيع عيبًا فله رد هذا البعض المعيب بحصته من الثمن ، ولزمه التمسك بالباقي ، إن لم يكن المعيب وجه الصفقة ، فإن كان المعيب واحدًا أو اثنين إلى خمسة والصفقة عشرة أثواب رجع بعشر الثمن أو عُشْرَيْه أو ثلاثةِ أعشاره إلخ [1] .

فإن كان الثمن سلعة رجع بقيمتها ، وإن كان نقدًا رجع بما دفع ، فإن كان المعيب أكثر من النصف فليس له رده بحصته ، بل إما أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع ، أو يتماسك بالبعض بجميع الثمن . هذا إذا كان السالم باقيًا ، فإن فات فله رد المعيب مطلقًا وأخذ حصته من الثمن . فإن كان المعيب أحد مُزْدَوَجَيْنِ لا يستغني بأحدهما عن الآخر كخفين ، أو قرطين ، أو مصراعين [2] ، فليس له رد المعيب بحصته من الثمن ، والتمسك بالسليم . وكذا بأم أو ولدها ، فالعيب بأحدهما يوجب ردهما معًا أو التمسك بهما معًا . ولا يجوز للمشتري التمسك بأقلَّ ما استحق أو تعيب أكثره بحصته من الثمن بل يتعين رد الباقي؛ لأن التمسك بالباقي إنشاء لعقد بثمن مجهول ، فلا يعلم الثمن إلا بعد تقويم المبيع كله ، ثم تقويم جزئه [3] .

---

(1) إن ابتاع مقومًا معينا متعددًا في صفقة فظهر عيب ببعضه فله رده بحصته من الثمن . الشرح الصغير (71/3) وفه إشارة إلى موضوع كبير هو تفريق الصفقة المتعددة الأجزاء ، وذلك كأن يبيع ثوبين أحدهما بمائة والآخر بخمسين ، فيجوز رد أحدهما بعيب واستبقاء الآخر لتعددهما بتفريق الثمن . حاشية ابن عابدين 19/4 وحاشية الدسوقي 15/3 وكشاف القناع 178/3 وحاشية الجمل 100/3 ومغني المحتاج 42/2 .

(2) صَرّع الباب : جعل له مِصْراعَيْنِ لسان العرب ، مادة صرع جـ 2434/4 .

(3) يمتنع تفريق الصفقة إذا قام سبب شرعي يمنع التبغيض كالتفريق بين حيوان وأمه التي لا يستغني عنها . فلو وجد المشتري عيبا بأحدهما كان له أن يبقيهما عنده بالثمن كله أو يردهما ويأخذ الثمن الذي دفعه للبائع . الشرح الصغير (71/3) وما بعدها وقد ضبطت المادة 519 مدني أردني هذا الموضوع المتناثر الأجزاء في كتب الفقه ، ونصها : « 1 – إذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة ، وظهر في بعضها عيب قبل التسليم فالمشتري بالخيار بين قبولها بالثمن المسمى أو ردها كلها . 2 – وإذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة ، وظهر في بعضها =

ثانيًا : إذا كان المبيع معينًا متحدًا ، فيخير المشتري بتًّا (يعني لا على الخيار) بين الفسخ ، لعدم تمكنه من المبيع ، والتماسك ، ويرجع على البائع بالمثل أو القيمة إن غيِّب أو عُيِّب أو استحق شائع ، وإن قل فيخير المشتري بين التماسك بالباقي ، ويرجع بحصة ما استحق وبين الرد ويرجع بجميع الثمن إن كثر المستحق ، كثلث فأكثر مطلقًا ، انقسم أو لا ، اتخذ للغلة أو لا [(1)] . كأن قل عن ثلث ، ولم ينقسم كحيوان وشجرة ولم يتخذ للغلة . فإن انقسم أو اتخذ للغلة ، منقسمًا أم لا ، فلا خيار بل يلزمه الباقي بحصته من الثمن .

والخلاصة : أن تلف بعض المبيع المعين ، أو استحقاقه ، أو ظهور عيب فيه يجعل المشرع ينظر للباقي بعد التلف أو الاستحقاق ، فإن كان النصف فأكثر ، لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد البيع . فإن اتحد خير المشتري . وإن كان أقل منه حرم التمسك بالأقل الباقي لاختلاف البيع ، إلا المثلي فلا يحرم التمسك بالأقل بل يخير في الاستحقاق والتلف [(2)] .

ثالثًا : الغلة للمشتري من حين العقد للفسخ بسبب العيب [(3)] . والمراد بالغلة الغلة الناشئة عن غير تحريك في المبيع ، كصوف ولبن ، أو عن تحريك قبل الاطلاع على العيب أو بعده ، لكن في زمن الخصومة ، فلا ترد من المشتري للبائع إلا الولد وإلا صوفًا تمَّ ، وإلا ثمرة أبِّرت حين الشراء واشترطها مع الأصل فيردها مع المعيب ، ولو طابت أو جذت . فإن فات رُدَّ مثلُه إن علم كيله ، وقيمته إن لم يعلم ، أو ثمنه إن باعه وعلم قدر الثمن وإلا فالقيمة [(4)] .

= بعد التسليم عيب قديم ، وليس في تفريقها ضرر فللمشتري رد المعيب بحصته من الثمن ، وليس له أن يرد الجميع بدون رضى البائع . فإن كان في تفريقها ضرر فله أن يرد جميع المبيع أو يقبله بكل الثمن » .

(1) يقول ابن رشد : « وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري ، فلا يخلو أن يكون في عقار ، أو عروض ، أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ، ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما إن كان عقارا فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكبير ... » بداية المجتهد جـ 2 ص 179 ، 180 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 60 ، 61 ، 62 .

(2) يقول الدردير : « خيار النقيصة قسمان : ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب في المبيع الأول » . الشرح الصغير جـ 3 ص 62 .

(3) والغلة للمشتري للفسخ بسبب العيب إما بحكم الحاكم أو بتراضي المتبايعين . الشرح الصغير (73/3) .

(4) المرجع السابق (74/3) .

وبما أن المشتري لا يرد الثمرة فهي نظير إنفاقه على المبيع فيرد البائع الذي استلمه ، فإن كان نقدًا فلا تفصيل فيه ولا غموض ، وإن عرضًا معينًا ، رجع به أو بقيمته إن فات ، وإن كان عرضًا غير معين رجع فيه بالمثل .

فإن كان المبيع لا ثمرة له ، وأنفق عليه المشتري إلى يوم ظهور العيب أو يوم الاستحقاق ، رجع بما أنفق على البائع علاوة على الثمن الأساسي . والرسوم وأجرة التقاضي على البائع ؛ لأنه هو الذي جرها على المشتري ، ولا ذنب له في ذلك فمن تسبب في ضرر وجب عليه تعويض بقدر هذا الضرر . فلا يدفع البائع تعويضًا آخر غير الثمن وما أنفِقْ ؛ لأنه يكون حرامًا حيث لا مقابل له ، وليس هبة ولا وصية فلا يحل أخذه بغير حق .

كل هذا في ضمان الحق ، وأما ضمان الفعل فإن عيَّبه البائع أو ادعى ضياعه ولا بينة ولم يصدقه المشتري ، فيخير المشتري بين فسخ وإمساك بالقيمة أو المثل ؛ لأن إتلاف البائع للمبيع يوجب الغرم (1) .

وشرط عدم عهدة الإسلام لاغ ، وهو أن يشترط البائع أن السلعة المبيعة إذا استحقت أو ظهر بها عيب قديم فلا رجوع عليه ، أو اشتراط المشتري أنه لا رجوع له إذا استحقت السلعة أو ظهر بها عيب قديم ، فهو شرط لاغ ، وللمشتري الرجوع ولو مع هذا الشرط .

فتبري البائع مما لم يعلم في سلعته من العيوب لا يفيده بشيء ولا تنفعه البراءة ، بشرط وبغير شرط . وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم ، إلا أن يفعل ما يدل على الرضاء بالعيب بعد الاطلاع عليه . فإن فات حسًّا أو معنى فللمشتري أرش العيب ، يعني التعويض عنه من البائع .

وأما شراء المبيع مع معرفة المشتري خطر نزع الملكية ، أو اشتراؤه لحسابه وعليه المكسب والخسارة فلا يجوز أولًا ؛ لأنه شراء خصومة وعقد حظ موكول للقضاء والقدر ، وهو ممنوع شرعًا . ولا يعفى البائع من رد ما أخذ من ثمن ، ولو اشترط عدم الرد ؛ لأن هذا للمصلحة العامة فلا يصح الاتفاق من الطرفين على إهداره .

---

(1) « وخير مشتر بين فسخ البيع والتماسك به فيرجع على البائع بقيمة المقوم ، أو مثل المثلي إن غيب بائع المبيع أي أخفاه وادعى ضياعه ، ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري ، ونكل البائع عن اليمين » . الشرح الصغير (79/3) .

ضمان العيوب الخفية :

يثبت للمشتري خيار النقيصة لفقد شرط ، أو لظهور عيب في المبيع [1] ، فالبائع ملزم شرعًا بضمان العيوب التي تظهر في المبيع . فإذا عقد البيع وتم اتفاق الطرفين فلا يخلو حالهما :

أولًا : إذا اشترطا شيئًا في العقد وكان في هذا الشرط غرض للمتعاقدين ، أو لأحدهما وانعدم الشرط فللمشتري الخيار في الرد والإمساك (وذلك في كل وصف فيه حق مالي) .

ثانيًا : إن وجد المشتري في المبيع عيبًا (نقصًا) عقارًا أو عرضًا أو عينًا (فيشمل الثمن والمثمن) ، وكان هذا العيب العادة السلامة منه ، كمن يعشي (لا يبصر ليلًا) ، أو كعور ، أو دبرٍ وعَثَرٍ ، وحَرَنٍ ، وضعف حمل معتاد ، فللمشتري الرد بذلك .

ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر ، أو نشر ، أو ذبح ، فلا رد به إلا لشرط ، أو عرف فيعمل بهما [2] .

ولا رد بعيب قليل بدار . ولا قيمة على البائع في اليسير جدًّا ، ككسر عتبة وسلم وسقوط شرفة ، وأما غير اليسير جدًّا ، وهو ما دون الثلث - والثلث كثير - فيرجع بقيمة ما له بال فقط .

ولا رد بالقليل إذا كان أقل من الثلث ، ويثبت الرد بالثلث فما فوق .

والقاعدة : أن كل عيب نقص الثلث من قيمتها فأكثر فله الرد (كسوء جارها ، وكثرة بقها ونملها وشؤمها بأن جربت بأن كل من يسكن فيها يصاب بمصيبة) [3] .

---

(1) قاعدة : يثبت للمشتري خيار النقيصة لفقد شرط ، أو لظهور عيب في المبيع . انظر خيار العيب في حاشية ابن عابدين 71/4 وما بعدها ، والمواد 337 - 340 من المجلة العدلية ، والمواد 526 - 529 من مرشد الحيران . وقد تناولت المواد 512 - 520 من القانون المدني الأردني أحكام خيار العيب .

(2) العيب الذي يرد به المبيع هو العيب الخفي الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي ، أو لا يكشفه غير خبير ، أو لا يظهر إلا بالتجربة ، مما يؤثر في ثمن المبيع . أما العيب الذي لا يظهر إلا بعد تغير المبيع بالكسر أو النشر أو الذبح ، ولا يستطيع الخبير اكتشافه فلا يؤثر في قيمة المبيع .

(3) قاعدة : كل عيب نقص الثلث من قيمتها فأكثر فله الرد كسوء جارها ، وكثرة بقها ونملها .

ومن قبيل العيب الذي يرد به المبيع التغرير الفعلي ، فهو كالشرط المصرح به ؛ لأنه غرر كتلطيخ ثوب عبد بمداد ، وكصبغ ثوب قديم ليوهم أنه جديد ، وكصقل سيف ليوهم أنه جيد ، فيوجد بخلافه فيثبت للمشتري حق الرد (1) .

وأما التغرير القولي ، كقوله اشتر مني هذا الشيء فهو جيد فيوجد بخلافه ، فإن وجد به عيبًا منقصًا فله الرد ، وإلا فلا .

ولا يشترط في العيب أن يكون مخفيًا ، وإنما الشرط أن تكون العادة السلامة منه ، وأنه لو علمه المشتري ما أقدم على المشترَى أصلًا أوما اشتراه بهذه القيمة . ويشترط ألا يعلمه المشتري وقت الشراء ، وأن يكون العيب حدث قبل الشراء ، فإن حدث بعده فلا رد به على البائع .

والبيع الذي يحصل بسلطة قضائية يصح فيه الرد ، وذلك أنه على البائع لشيء وجوبًا بيان ما عليه من عيوب قلت أو كثرت ، ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا أو وكيلًا .

وأما قولهم أن بيع الحاكم والوارث بيع براءة فمحله إذا لم يكن عالمًا بالعيب ، وإلا كان مدلسًا ، فإن كان مدلسًا صح للمشتري خيار الرد أيضًا على الحاكم والوارث .

ومتى ظهر العيب المبيح للرد فالمشتري له الخيار بالرد وأخذ ما دفع . وثمرة المبيع نظير النفقة ، وله التماسك مع أخذ ما نقصه العيب من السلعة التي ظهر بها العيب .

ويسقط حق الرد إن أتى المشتري بما يدل على الرضى ، أو بسكوت طال بلا عذر أكثر من يومين بعد الاطلاع (2) .

والخيار في الرد والإمساك متى كان المبيع قائمًا سليمًا . فإن حدث بالمبيع العيب عند المشتري عيب متوسط ، كضعف وعمى وعرج وعور وشلل إلخ فللمشتري الواجد لعيب قديم التماسك بالمبيع وأخذ أرش (تعويض) العيب القديم ، وله الرد مع دفع أرش العيب الحادث ، فالخيار للمشتري لا للبائع ، إلا أن يقبله البائع بالعيب الحادث ، ولا شيء

---

(1) يقول الدردير : « والتغرير الفعلي كالشرط المصرح به كتلطيخ ثوب عبد بمداد أو يجعل بيده قلما ومحبرة ليوهم المشتري أنه كاتب ، وكصبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد » . الشرح الصغير جـ 3 ص 62 .

(2) جاءت المادة 515 من القانون المدني الأردني بالنص على أنه « إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره » ؛ لأن هذا رضي منه بالعيب بعد اطلاعه على المبيع وهو ما نصت عليه المادة 344 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 541 من مرشد الحيران ، والمادة 87 من التقنين الحنفي مع مذكرتها الإيضاحية .

لأحدهما عند الآخر ، فإن تلف أو فات عند المشتري فله أرش العيب دون الرد لفواته .

فتلف الشيء المبيع الذي ظهر به عيب يستحق الرد لا يفيت حق المشتري في أخذ قيمة هذا العيب من البائع (1) .

التزامات المشتري :

متى تم البيع بالإيجاب والقبول تعين على المشتري دفع الثمن المتفق عليه متى كان حالًّا . فإن كان لأجل وجب الوفاء عند حلوله . فإن كان الثمن حالًّا ولم يدفعه المشتري جاز للبائع التمسك بالمبيع حتى يدفع له الثمن المتفق عليه . فإن اختلفا فيمن يدفع أولًا دفع المشتري الثمن ، فإن لم يأمن جانب البائع سلم الثمن لأمين أو للحاكم حتى يجبر البائع على التسليم .

فإن لم يتسلم المشتري العين المبيعة ، وقد دفع الثمن فهي على ملكيته وفي ضمانه . وليس للبائع الحق في فسخ البيع إطلاقًا لعدم التسلم ، وإنما له أن يطلب فسخ البيع إذا لم يسلم المبيع للمشتري ولم يدفع المشتري الثمن وكان حالًّا واجب الأداء . فإن كان الثمن مؤجلًا وجب على البائع تسليم العين المبيعة ، والثمن يكون دينًا في الذمة (2) .

ومكان وزمان دفع الثمن يكون حسب اتفاق الطرفين ، وإن لم يكن بينهما اتفاق فمحل البائع إلا لعرف وعادة فيعمل بها ، ولا يحسب على المشتري فائدة في تأخير دفع الثمن ؛ لأن طرق التقاضي في التشريع الإسلامي طرق حازمة لا تسويف فيها ولا رخاوة ، بل متى ثبت الحق وجب الأداء ، وبمجرد وجوب الأداء ينفذ بطريق الحبس إن كان موسرًا ، وإن كان معسرًا فنظرة إلى ميسرة .

---

(1) راجع : الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 66 ، 67 ، 68 . بداية المجتهد جـ 2 ص 178 ، 179 .

(2) جاء في المادة 457 من القانون المدني المصري والمادة 423 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمادة 422 مدني أردني النص على وجوب تسليم المشتري الثمن « عند التعاقد أولا وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك » . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 262 من المجلة العدلية ، والمادة 481 من مرشد الحيران . وعند ابن عبد البر أن الثمن أبدا حالٌّ ، إلا أن يذكر المتبايعان له أجلا فيكون إلى أجله (الكافي لابن عبد البر 726/2) . وقد اختلف الفقهاء في تعيين من يجب عليه البدء بالتسليم في البيع ، فذهب الأحناف والمالكية إلى مطالبة المشتري بالتسليم ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى إلزام البائع بالتسليم أولا . حاشية ابن عابدين 49/4 وفتح القدير 496/5 ومغني المحتاج 74/2 والمغني لابن قدامة 219/4 وما بعدها والشرح الصغير 71/2 .

ودعوى فسخ البيع والتمسك بالمبيع لعدم دفع الثمن الحال يفصل فيها الحاكم ، فلا تتم بقوة القانون . فإن اتفقا على أن البيع يكون باطلًا أو لاغيًا إذا لم يدفع الثمن الحال فيعمل بهذا الشرط ، ولا داعي إذن لحكم القاضي إلا إذا ترافعا إليه ، فيحسم الخصومة حسب اتفاقهما .

وعلى القاضي أن يحكم في الخصومة بينهما بغض النظر على أن المبيع في خطر أم لا ؛ لأنه بمجرد البيع دخل المبيع في ضمان المشتري في غير المثلي ، ووجب أداء الثمن متى اتفق على حلوله ، فلا يصح للقاضي إمهال المشتري لدفع الثمن إلا اليوم واليومين ما لم يرض البائع بأجل معين .

والحبوب والسندات المالية وغيرها سواء في عدم جواز فسخ البيع متى كان الثمن غير حال . فإن كان الثمن حالًّا وتمسك البائع بسلعته حتى يدفع المشتري الثمن جاز له ذلك . فإن ترافع للقاضي أمر المشتري بدفع الثمن وأخذ المبيع وإلا فسخ البيع ، فلا يعتبر البيع مفسوخًا بقوة القانون .

نتائج فسخ البيع :

متى تم البيع صحيحًا دخل المبيع في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع فيورث عنهما وتصرفهما صحيح كل فيما يملك [1] ؛ لأن البائع متى ملك الثمن بمجرد البيع جاز له التصرف فيه بمجرد العقد عملًا بالقاعدة العامة من أن البيع ينعقد بإرادة الطرفين فقط بلا شيء آخر . ويدخل المبيع في ملك المشتري بمجرد العقد ، والثمن في ملك البائع كذلك .

فتصرف البائع في الثمن وتصرف المشتري في المبيع صحيح لا غبار عليه ؛ فلو تمسك البائع بسلعته نظير دفع الثمن ، أو تمسك المشتري بعوضه نظير استلام المبيع ، فلهما ذلك ، فهو شرط في العقد مدخول عليه فيعمل به بينهما ، فلا يتم البيع إلا بالوفاء بهذين الشرطين : تسليم الثمن ، وتسليم العين المبيعة . فالتصرف من أحد المتعاقدين قبل الوفاء بالتزاماتهما تصرف باطل فيما لا يملك ؛ لأن الملكية مشروطة بشرط لم يتحقق ، فلا تتحقق إذن . وهذا التصرف في الحقيقة راجع إلى بيع الشيء قبل قبضه وقد مر ذكره فارجع إليه .

---

(1) قاعدة : متى تم البيع صحيحًا دخل المبيع في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع فيورث عنهما ، وتصرفهما صحيح كل فيما يملك . أما إذا كان البيع فاسدا فإن المشتري لا يملك المبيع إلا بالقبض . المجلة العدلية ، مادة 369 .

نتيجة المقارنات من بند 45 إلى بند 58

اتفق التشريعان فيما يأتي :

نتائج حق الامتياز والرهن ، (بالنسبة للمدين ، وبالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، وبالنسبة للغير « حق متابعة العقار ») ، تطهير العقار ، تلاشي الرهن وحق الامتياز ، نقل حق الامتياز والرهن ، البيع ، تكوين البيع،أهلية التعاقد الخاصة في البيع (في الغالب) ، الثمن ، الغبن في الثمن ، واجبات البائع ، ما يجب دفعه من البائع للمشتري حال نزع ملكية المبيع ، ضمان العيوب الخفية ، التزامات المشتري .

بند [59] بيع الخيار (البيع الوفائي)

القانون الفرنسي : هو عقد يشترط فيه البائع حق استرداد ما باع مع رد الثمن وما يتبعه للمشتري ، فهو بيع شرط ملغي فنتج عنه :

1 - أنه بيع واحد يسجل لا بيعان ، ونقل تكليف واحد لا تكليفين .

2 - البائع الذي استرد ما باع لا يتحمل تصرفات المشتري في المبيع وقت أن كان واضعًا يده ، بل يتسلم المبيع خاليًا من كل حق للغير .

مدة الخيار :

مدة الخيار أو البيع الوفائي مقدرة قانونًا بما لا تزيد عن خمس سنوات ، فإن اشترط لأكثر اعتبر الأجل لخمس سنين فقط ، وهذا الأجل لا يمكن للمحكمة مده ، ويمر ضد أي شخص ، ولو كان قاصرًا أو محجورًا عليه .

وبمضي الأجل بدون استرداد من البائع للمبيع يفقد البائع هذا الحق نهائيًا ، ويبقى المشتري مالكًا واضعًا يده .

والذي له مباشرة هذا الحق - حق الخيار - هو البائع نفسه أو ورثته أو دائنوه باسمه (اكسيون إبليك) [1] ، ويكون ضد المشتري ، ومن تلقى عنه الحق حتى ولو لم يذكر ذلك في عقد بيع الآخرين .

إن اشترى بشرط الخيار جزءًا من عقار غير قابل للقسمة ، فوضع الجزء الباقي في المزاد فرسى على المشتري ، فعلى البائع عند استعمال حقه في استرداد العين المبيعة أن يسترد الجميع بما تكلفه المشتري .

فإن باع جماعة بشرط الخيار لكل منهم جزء مشاع في المبيع فليس لأحدهم استعمال حق استرجاع حصته في المبيع ، بل يجب أن يستعمل الجميع حقهم مجتمعين وإلا بطل حق الخيار . ومثل الورثة كمثل هؤلاء . ولو باع كل واحد حصته منفردًا ، بشرط الخيار فليس للمشتري المعارضة في استرجاع الكل أو الترك ، بل جاز لكل واحد استعمال حقه .

---

(1) action oblique دعوى يرفعها الدائن على المدين المخادع . انظر : Robert (1) p 1066 أو فسخ العقود الصادرة من المدينين إضرارًا بدائنهم . انظر : قاموس المنهل ص 884 .

فإن ترك المشتري على الخيار ورثة ، ولم يقتسموا التركة أو أخذ كل واحد نصيبًا في العين المبيعة على الخيار ، فليس للبائع استرجاع العين المبيعة من أي واحد منهم ، بل يأخذ من كل واحد من الورثة نصيبه ، ولو خرجت العين المبيعة على الخيار في نصيب أحدهم في قسمة التركة جاز للبائع استرجاع هذه العين ممن تحت يده فقط .

ولكي يستعمل البائع حقه في استرجاع المبيع على الخيار يجب عليه :

(1) دفع الثمن الأساسي . (2) دفع النفقات وأجر تحرير العقد .

(3) الإصلاحات الضرورية وما زادته في قيمة العين المبيعة . ولكي يضمن المشتري سداد هذه المطلوبات يجوز له حجز العين المبيعة تحت يده حتى يتم الدفع .

نتائج استعمال حق الخيار في المبيع :

متى استعمل البائع حقه في الخيار واسترجع العين المبيعة استرجعها خالية من كل حق للغير ، إلا عقد الإيجار الذي عقده المشتري بدون غش أو تدليس ، فعلى المسترجع نفاذه [1] .

بند [60] بيع الخيار

التشريع الإسلامي :

بيع الخيار : هو بيع اشترط فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما قبول البيع أو رده ، وهو البيع الذي يقابل البيع البت ، والبيع على الخيار أو بيع الخيار على أشكال كثيرة ، كأن يبيع بيتًا أو فدانًا لزيد من الناس على أن يكون الخيار في نفاذ البيع أو رده لمدة شهر ، أو يشترط المشتري أن له الخيار في إبرام المشتري أو رده لمدة شهر مثلًا ، ففي هاتين الحالتين يثبت الخيار لمن اشترطه لنفسه .

وإذا كان البيع على الخيار ، فيجب عدم اشتراط النقد فيه ، وإلا وقع البيع باطلًا [2] لتردد الثمن بين السلف والثمن ، وهو غير جائز ، ويمنع أيضًا التطوع بدفع الثمن لوجود العلة ، وفي الواقع الخيار شرط في العقد ، والشرط في العقد إن تنافى مع قصد البيع ، فهو باطل . وقد سبق شرح ذلك في البيع بشرط ، فارجع إليه إن شئت . وذلك كشرط

---

(1) انظر : البنود من 1659 إلى 1673 في الفصل الأول ، من الباب السادس ، الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 67 – 70 .

(2) قاعدة : لا يصح اشتراط نقد في البيع على الخيار وإلا وقع البيع باطلًا .

البائع على المشتري أن يبيعه ما اشتراه في مدة معينة بالثمن الذي دفعه له ، فهو بيع بشرط يتنافى مع الملكية المطلقة التي يقتضيها البيع ويتردد الثمن بين الثمنية والسلفية .

ولهذا نص الفقهاء على هذه المسألة بالذات وسموها (بيع الثنيا) . وهو البيع الذي يشترط بائعه رجوعه له إن أتى بالثمن الذي أخذه فهو بيع فاسد إن وقع الاشتراط في صلب العقد ، فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز ، وليس للمشتري أن يتصرف بإخراجها لغير البائع متى تطوع بذلك ، وللبائع رفعه للحاكم ، فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا [1] .

وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف ببيع ونحوه نفذ ، وإنما للبائع منعه إذا أقام عند إرادة التصرف ، وقبل أن يتصرف بالفعل إذا أحضر له الثمن ولم يضربا أجلًا لذلك .

ويجوز شرط المشتري على البائع بعد تمام البيع ، بأن قال البائع للمشتري : « أقلني من هذا البيع أي نفسخ البيع اتفاقًا ، فقبل المشتري الإقالة بشرط أن البائع إذا باع هذه السلعة المقال فيها فالمشتري أحق بها من غيره فهو شرط معمول به ؛ لأنه لا يتنافى مع الإقالة ، ولا يتنافى مع الملكية المطلقة للمالك ؛ لأنه للمشتري عدم قبول إقالة البائع من الالتزام ، ولكنه أقاله بشرط لا يمس حق البائع .

وفي الخيار الجائز تختلف مدة الخيار شرعًا باختلاف المبيع هكذا :

(1) **عقار** : ومدة الخيار فيه 36 ستة وثلاثون يومًا [2] .

---

(1) بيع الثنيا وبيع الوفاء هو البيع بشرط رد البائع المبيع إلى المشتري عند رده الثمن . وإنما سمى بيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط . ويسميه المالكية « بيع الثنيا » والشافعية « بيع العهدة » والحنابلة « بيع الأمانة » ويسمى أيضا « بيع الطاعة » و « البيع الجائز » و « بيع المعاملة » . وقد اختلف الفقهاء في حكمه ، فمذهب المالكية والحنابلة وكثير من الأحناف والشافعية إلى فساد هذا البيع ، لمخالفة شرط رد المبيع للبائع مقتضى عقد البيع وحكمه ، وهو نقل ملكية المبيع للمشتري نقلا مطلقا . لكن ذهب بعض المتأخرين من الأحناف والشافعية إلى تصحيح هذا البيع لتعامل الناس به وحاجتهم إليه . راجع : الفتاوى الهندية 209/3 والمادة 105 من المجلة العدلية ، ومواهب الجليل 373/4 والبحر الرائق لابن نجيم 8/6 ومغني المحتاج 31/2 وحاشية ابن عابدين 246/4 . وقد جاءت المادة 465 مدني مصري بإبطال بيع الوفاء ، ونصت على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » . ولعل ذلك راجع إلى انصراف الناس عن التعامل به .

(2) يقول الدردير : « منتهى زمن الخيار في العقار ، وهو الأرض وما يتصل بها من بناء أو شجر ستة وثلاثون يومًا ، لا يجوز للمشتري في مدة الخيار أن يسكن الدار المشتراة به إن كثرت بلا أجرة » . وراجع باقي المدد في الشرح الصغير جـ 3 ص 51 .

(2) **منقول** : ومدة الخيار فيه 10 عشرة أيام .

(3) **دابة ليس شأنها الركوب** : ومدة الخيار فيها نحو ثلاثة أيام ، ويدخل في هذا النوع البقر ، والغنم ، والطير والأوز ، والدجاج . فإن كانت الدابة تراد للركوب فيوم ونحوه لركوبها .

(4) **مثلي وعروض** : ومدة الخيار فيها كثلاثة أيام [1] .

ويبطل الخيار بشرط مدة زائدة على مدته بكثير ، أو بمدة مجهولة ، كإلى أن تمطر السماء ، أو يقدم زيد وقدومه غير معلوم [2] ، ويبطل بشرط غيبة زمن الخيار من بائع أو مشتر على مبيع مثلي .

ولزم البيع بانقضاء مدة الخيار على أنه يجوز لصاحب الحق في الخيار الرد بعد انقضاء مدته في كالغد (اليوم واليومان) ، وهذا حيث وقع النص على مدته المتقدمة فإن وقع بخيار ولم ينص على مدته المتقدمة لزم العقد بانقضائه من غير زيادة .

وصاحب الحق في الخيار أولًا هو المباشر للعقد ، وينتقل الحق في الخيار للدائن الذي أحاط دينه بمال المدين الحي أو الميت [3] ، وقام الغريم عليه قبل انقضاء زمن خياره بلا حكم .

وإذا اختار الدائن الأخذ فالربح للمدين والخسارة على الغريم . بخلاف ما إذا أدى الغريم الثمن الذي لزم المفلس في بيع لازم فالربح للمفلس والخسارة عليه .

وانتقل خيار ميت غير مفلس بائع أو مشتر على الخيار لوارث . ومقتضى القياس ، وهو نص المدونة ، أن يرد الجميع ، فيجبر مريد الإمضاء على الرد مع مريد الرد إن رد بعضهم ، وقيل يمكّن من أراد الإجازة من أخذ نصيب الرد ، ويدفع جميع الثمن للبائع إن شاء المجيز ذلك ، وإلا وجب رد الجميع للبائع إلا أن يرضى بالتبعيض فذلك له ، وهو قول الإمام أشهب . وورثة البائع بخيار لو مات قبل مضيه كذلك فيهم القياس والاستحسان المذكوران .

---

(1) جاء في الشرح الصغير : ومنتهاه (يعني الخيار) في العروض كالثياب خمسة من الأيام كالدواب التي ليس شأنها الركوب . الشرح الصغير (51/3) .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : وفسد الخيار بشرط مدة بعيدة تزيد على مدته أو مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء ، أو إلى قدوم زيد ، ولم يعلم أحد قدومه . الشرح الصغير (52/3) .

(3) ينتقل الحق في الخيار للغريم إن أحاط دينه بمال المبيت . الشرح الصغير (55/3) .

وبزوال أهلية من له الخيار بجنون ينتقل الحق للسلطان(الحاكم) فينظر في الأصلح من إمضاء أو رد . والإغماء الطويل فيه خلاف فقيل : بالفسخ ، وقيل : الأمر للحاكم .

والملك زمن الخيار للبائع ؛ لأنه منحل فالإمضاء نقل لا تقرير . والغلة الحادثة زمن الخيار وتعويض جناية الأجنبي على المبيع بالخيار للبائع . والضمان في زمن الخيار من البائع إذا قبضه المشتري ، وكان مما لا يغاب عليه(يمكن إخفاؤه) [(1)] .

وضمن المشتري إن كان الخيار للبائع ، فيغرم الأكثر من القيمة ، أو الثمن في حالة تلف المبيع ، إلا أن يحلف أنه ما فرط فالثمن فقط . وفي تلف وضياع المبيع بالخيار أو إتلافه تفصيل طويل فارجع إليه إن شئت في باب الخيار في البيع [(2)] . دفع الثمن في البيع على الخيار يفسده ، ويبطله إن كان شرطًا في العقد . فإن كان تطوعًا ودفع الثمن وجب إرجاعه عند استعمال حق الخيار بالرد ، وإن كان التطوع أيضًا لا يجوز في البيع على الخيار أو الاختيار .

وبما أن الغلة وتعويض التعدي من الأجنبي على المبيع للبائع ؛ لأن المبيع لا يزال على ملكه ، فتكون النفقة عليه إذن مدة الخيار لازمة للبائع .

نتائج استعمال حق الخيار في البيع :

متى استعمل البائع حقه ، واسترجع المبيع أو استعمل المشتري حقه ورد المبيع ، عاد لصاحبه كوقت البيع بدون وجود حق للغير عليه حتى ولا عقد إيجار ؛ لأن جواز استعمال المبيع بالخيار مؤقت بضرورة معرفة صفاته التي يرغبها المشتري فقط ، فلا يجوز له التصرف إطلاقًا في المبيع بالخيار الذي يمكن رده . فإن تصرف في المبيع بالخيار صاحب حق الخيار بما يفنيه ، فإن كان المشتري اعتبر قبولًا ، وإن كان البائع اعتبر ردا [(3)] .

---

(1) والملك للمبيع بالخيار في زمنه ... للبائع ، والضمان منه . الشرح الصغير (55/3) .

(2) ولو قبضه المشتري وادعى ضياعه زمن الخيار ضمن فيما يغاب عليه إلا لبينة تشهد بضياعه بلا تفريط من المشتري فلا يضمن ، وحلف في غير ما يغاب عليه ... الشرح الصغير (56/3) .

(3) تناولت خيار الشرط وأحكامه المواد 177 – 183 من القانون المدني الأردني التي تستند إلى أحكام الفقه الإسلامي . راجع المذكرة التوضيحية لهذه المواد والمبسوط للسرخسي 40/13 وما بعدها وفتح القدير 110/5 وبداية المجتهد 172/2 والمحلى لابن حزم 328/9 وما بعدها والمواد 300 – 309 من المجلة العدلية والمواد 329 وما بعدها من مرشد الحيران . ويقترب من خيار الشرط الفقهي في القانون المصري البيع بشرط المذاق أو بشرط التجربة .

بند [61] الغبن في البيع

إبطال العقد لوجود غبن فاحش

القانون الفرنسي :

القاعدة : عقد بيع العقار يمكن إلغاؤه متى سبب إلى البائع غبنا فاحشًا أزيد من $\frac{7}{12}$ ، وقد كان في القانون الروماني $\frac{6}{12}$. والأصل أنه إن كان العقد بين أهل التعاقد القانوني لا يلغى لحصول غبن فاحش إلا أن القانون رأى أن من يقبل البيع مع هذه الخسارة يكون محتاجًا فيقع تحت تأثير المشتري ، فتكون إرادته ناقصة فيجوز له إلغاء العقد لذلك .

شروط جواز إلغاء البيع لوجود غبن فاحش ، يجب :

1 - أن يتعدى غبن في الثمن $\frac{7}{12}$، ويكون تقدير ذلك يوم البيع لا يوم التقاضي .

2 - أن يكون البيع لعقار لا لمنقول ؛ لأن العقار كان مهمًّا وقت وضع القانون .

3 - أن يكون الغبن وقع في ثمن البيع على البائع ، فإن غبن المشتري بزيادة الثمن فلا يكون سببًا في بطلان العقد ؛ لوجود علة نقص الإرادة في المشتري لا في البائع .

4 - أن لا يكون البيع مما لا يقع بمعرفة السلطة القضائية .

ومدة استعمال حق إلغاء البيع للغش الفاحش سنتان . ويسري ضد المرأة المتزوجة والقاصر والمحجور عليه ، ولا تقف هذه المدة مدة الخيار الذي يشترطه البائع .

وطريق معرفة الغبن الفاحش تعيين آل خبرة ثلاثة بقرار المحكمة أو باتفاق الطرفين . ومتى ثبت وجود الغبن القانوني فالمشتري بالخيار : إما قبول المشتري مع دفع الفرق مخفضًا $\frac{1}{10}$ من الثمن ، وإما تسليم العين المبيعة للبائع بعد قبض ما دفعه (1) .

بند [62] الغبن في البيع

إبطال العقد لوجود غبن فاحش

التشريع الإسلامي : الغبن : هو أن يكثر الثمن أو يقل عن معتاد العقلاء في بيعهم وشرائهم .

---

(1) انظر : البنود من 1674 إلى 1685 في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 70 - 73 .

والقاعدة : أن المغبون من المتعاقدين في البيع بائعًا أو مشتريًا يصح أن يطلب إلغاء البيع الذي حصل فيه الغبن (1) على التفصيل الآتي (2) .

وتجب التفرقة أولًا بين البائع والمشتري بالغبن ، إذا كان وكيلًا لغيره وصيًّا ، أو كان أصيلًا اشترى أو باع لنفسه .

فإن كان البائع أو المشتري بغبن وكيلًا ، أو وصيًّا رُد ما صدر منهما من بيع أو شراء حصل فيه غبن . فإن فات المبيع المغبون في ثمنه رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحاباة به . فإن تعذر الرجوع على المشتري رجعا على البائع ، وهو الوكيل والوصي بذلك .

وإن اشتريا بغبن وفات ذلك المشتري رجع الموكل والمحجور عليه على البائع بما وقعت المحاباة والغبن به . فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على المشتري وهو الوكيل والوصي . والمراد بالغبن في بيع وشراء الوكيل والوصي ما نقص عن القيمة نقصًا بينًا ، أو زاد عليهما زيادة بينة ، وإن لم يكن الثلث .

وإن كان المغبون أصيلًا اشترى أو باع لنفسه فَغُبِن فحصل خلاف بين الفقهاء ، فقال بعضهم : « لا رد بغبن ولو خالف العادة » ، وهو قول ابن رشد . وقال بعضهم : « يجب الرد بالغبن إذا زاد عن الثلث ، وهو قول ابن القصار (3) . والمعول عليه أن الغبن فيه التفصيل الآتي :

أولًا : المغبون في البيع والشراء ، كيِّس حصيف ، يباشر البيع والشراء في الأسواق ، لا رد بغبنه على القول الصحيح في المذهب ، ولو خالف الغبن العادة .

---

(1) قاعدة : المغبون من المتعاقدين في البيع بائعًا أو مشتريًا يصح أن يطلب إلغاء البيع الذي حصل فيه الغبن .

(2) يقول ابن رشد : « .. وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر ، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بتعين الثمن والمثمون في البيع ، أو بقدره ، أو بأجله إن كان هناك أجل .. » راجع التفصيل في بداية المجتهد جـ 2 ص 148 ص 149 . وقد تناولت موضوع الغبن والتغرير المواد 532 – 536 من مرشد الحيران والمواد 356 – 360 من المجلة العدلية .

(3) علي بن عمر أحمد البغدادى بن القصار . حدث عن علي بن الفضل الستوري وغيره . روى عنه : أبو ذر الحافظ ، وأبو الحسين بن المهتدي بالله . وكان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري يذكر مع أبي القاسم الجلاب . قال القاضي عياض : كان أصوليًا نظارًا توفي سنة 397 هـ .

سير أعلام النبلاء 58/13 ، 59 ، تاريخ بغداد 41/12 شذرات الذهبي 149/3 .

ثانيًا : المغبون جاهل بالثمن أو المثمن وطلب من صاحبه أن يبيعه ، كما يبيع الناس أو يشتري منه كما يشتري من الناس ، وبعد البيع أو المشترى تبين أن الثمن مبالغ فيه عن العرف ، أو ناقص كذلك فللمغبون الرد بالاتفاق .

وقال العلامة المتيطي ، قال بعض البغداديين :إن زاد المشتري في المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع وهو ($\frac{4}{12}$) ، وكذا إن باع بنقصان الثلث من قيمته فأعلى ($\frac{4}{12}$) إذا كان جاهلًا بما صنع ، وبهذا أفتى المازري [1] وابن عرفة والبرزلي وابن عاصم [2] ، وهو ما جرى العمل عليه بفاس .

ثالثًا : المغبون استأمن من باعه أو من اشترى منه ، وهو يجهل القيمة الحقيقية بأن قال أحدهما للآخر : ما قيمته لأشتري بها أو لأبيع بها ؟ فيقول له : « قيمته كذا » والحال أنه ليس كذلك ، فللمغبون الرد قطعًا ، حتى قال بعض العلماء : ولو كان أقل من الثلث فشروط الرد بالغبن هي :

1 - جهل المغبون بما فعل أو استئمانه لمن غبنه .

2 - أن يكون الغبن الثلث فأكثر .

وكما يقع الغبن في العقار يقع في المنقول ؛ لأن العلة في نقض البيع واحدة فيهما ، وهو رفع ضرر الغبن عمن وقع عليه ، وعدم تمكين الناس من اغتيال بعضهم البعض باسم البيع .

وكما يقع الضرر في الغبن على البائع يقع على المشتري ، والعلة رفع الضرر عن المتضرر ، فيجب عدلًا عدم التفرقة بين البائع والمشتري في جواز نقض البيع للمتضرر منهما . ومدة استعمال حق الرجوع في الغبن سنة من تاريخ حصوله ، وتسري هذه المدة من اليوم التالي للعقد .

---

(1) هو أبو عبد الله بن محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري كان بصيرا بعلم الحديث ، وحدث عنه : القاضي عياض ، وأبو جعفر بن يحيى القرطبي الوزغي وأخذ عن : اللخمي ، وأبو محمد السوسي . قال عنه القاضي عياض : المازري يعرف بالإمام ، وهو آخر المتكلمين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الاجتهاد ودقة النظر . مؤلفاته : إيضاح المحصول ، شرح كتاب « التلقين شرح الإرشاد » توفي 563 هـ سير أعلام النبلاء 567/14 . وفيات الأعيان 615/1 الوافي 151/4 .

(2) هو قاضي الجماعة ، أبو يحيى محمد بن أبي بكر محمد بن عاصم ، المحقق ، الحافظ . أخذ عن والده وعمه وغيرهما . له تآليف ، منها : شرح تحفة والده ، والروض الأريض في تراجم ذوي السيوف والأقلام والقريض . شجرة النور الزكية ص 248 ، 249 .

ويعرف الثمن الحقيقي بتقدير آل الخبرة ، ولا فسخ إلا بحكم إلا إذا تراضى الطرفان على إصلاح هذا الغبن فيما بينهما .

بند [63] بعض بيوع خاصة

القانون الفرنسي :

أولًا : البيع بالمزاد : وهو بيع أملاك بالمزاد العلني يملكها أكثر من واحد لتوزيع ثمنها المتحصل من البيع حسب نصيب كل . ويكون هذا في حالتين :

أولًا : متى كان الشيء المبيع ليس سهل القسمة في طبيعته بين الشركاء .

ثانيًا : متى كان في القسمة الاتفاقية أعيان امتنع عن قبولها بعض المتقاسمين .

شكل البيع بالمزاد :

متى كان الشركاء أهلًا للتصرف في أملاكهم ، واتفقوا ، عملوا ما يروق لهم . وإن كان فيهم قصر أو محجور عليهم ، أو لم يتفقوا فيما بينهم تعمل المزايدة المنصوص عليها في قانون المرافعات .

دخول الأجانب في المزايدة :

قبول الأجانب في المزايدة ضروري في موضعين :

1 - متى طلبها أحد الشركاء .

2 - متى كان أحد الشركاء قاصرًا أو محجورًا عليه .

صفة البيع بالمزايدة ونتائجه :

إن كان من رسى عليه المزاد أجنبيًا اعتبر هذا بيعًا ينقل به التكليف . وإن كان أحد الشركاء اعتبر كالقسمة ، ففي الأجنبي يكون مرسى المزاد ناقلًا للتكليف ، وفي أحد الشركاء يكون مظهرًا للملكية .

ثانيًا بيع الميراث :

يجوز بيع الميراث من وقت استحقاقه أي من يوم وفاة المورث لا قبله ، فلا يجوز ولو قبل نفس المورث ذلك .

التزام الضمان : يجب على بائع الميراث أن يضمن شيئين :

1 - وجود الميراث المبيع .

2 - وأنه وارث ، وهو ضمان الحق ، ويمكن اتفاق الطرفين على ما يخالف ذلك .

نتائج بيع الميراث : بين الطرفين والشخص الثالث ، بيع الميراث لا يخرج البائع من وصف كونه وارثًا ، فلا تنتقل إلى المشتري حصته ، ويمكن لورثة المتوفى مقاضاته كوارث دون من اشترى منه إلا بطريق (اكسيون إبليك) وبين الطرفين يعتبر المشتري ، كأنه هو الوارث في استحقاق كل ما يعود إلى البائع الوارث ، فيسلمه كل شيء حتى الثمرات .

ثالثًا : بيع الحق المتنازع فيه :

يوجد حق متنازع فيه متى أدى الأمر إلى التقاضي ، لإثبات حق منكور أو متنازع فيه .

وهو جائز قانونًا لكنه ملحوظ فيه الكراهية ؛ لأن المشرع يعمل دائمًا على قطع النزاع بين الخصوم وفي هذا البيع إحياء للخصومة .

سحب الخصومة :

ويتحقق في سماح القانون للشخص الذي بيعت الخصومة ضده ، أن يسحب الخصومة ممن اشتراه نظير دفع ما دفعه من الثمن لبائعها .

وهذه القاعدة تصيب القاعدة العامة من حرية التعاقد ، وعدم التأثير على أحد الطرفين المتعاقدين ، في نزع حق الخصومة ممن اشتراها نظير ما دفعه ، ويرجع أصل هذا التشريع إلى القانون الروماني .

شرط استعمال سحب الخصومة :

لأجل أن يستعمل المبيع ضده الخصومة حقه في سحبها يجب أن يدفع :

1 - الثمن الحقيقي للتنازل .

2 - المصاريف ، والنفقات لعمل عقد المشتري .

3 - فائدة الثمن من تاريخ دفعه إلى البائع .

وسحب الخصومة يرجع للماضي ، فيعتبر من سحَبها هو الذي تعامل أولًا ، وبالذات مع بائع الخصومة .

بعض حالات تمنع فيها سحب الخصومة :

لا يجوز سحب الخصومة فيما يأتي :

1 - إذا تنازل بعض الورثة إلى بعض عن خصومته ، أو بعض الشركاء فليس لمن ضده الخصومة المبيعة استعمال حقه في سحب الخصومة ؛ لأن الورثة والشركاء سواء في حق الخصومة .

2 - إذا تنازل صاحب حق الخصومة إلى دائنه سدادًا لدينه ، فليس لمن بيعت ضده الخصومة مشتراها ؛ لأن المتنازل له لم يرد نزاعًا ولا تجارة إنما أراد المحافظة على حقه (1) .

بند [64] البيع بالمزاد

التشريع الإسلامي : البيع بالمزايدة يكون بالاتفاق بين الشركاء أو المتقاسمين ، ويكون مراعاة للمصلحة العامة ، فيباع بالمزاد العام (2) .

أولًا : كل ما لا ينقسم بين الشركاء أو الورثة ، ولم يقع في حصة واحد منهم جميعه ، فيباع بالمزايدة ، ويقسم ثمنه بينهم كل حسب نصيبه ، وكذا كل ما تفسده القسمة أو تنقص قيمته .

ثانيًا : مال عديم الأهلية إذا باعه غير الأب مستور الحال ، فإن كان الأب فاسقًا أو مضياعًا ، أو غير أمين تعين البيع بطريق المزايدة .

ثالثًا : مال المفلس الذي حكم القاضي بإفلاسه بعد أن ثبت أن الدين أحاط

---

(1) انظر : البنود من 1686 إلى 1688 في الباب السابع ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 73 .

(2) تناولت أحكام بيع المزايدة المواد 99 مدني مصري ، 100 مدني سوري ، 89 مدني عراقي ، 103 مدني أردني ، ونصها : لايتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، ولو وقع باطلا ، أو بإقفال المزايدة دون أن يرسو على أحد ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الأخرى . ومن أحكام بيع المزايدة إلزام صاحب العطاء الأزيد بالبيع إذا رضيه البائع ، فقد جاء في مواهب الجليل 237/4 أن « كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له » ، وإنما يلزمه عند المالكية بناء على رأيهم في لزوم الإيجاب ويسقط الإيجاب بتقديم عطاء آخر ، لانتهاء الإيجاب بالإعراض عنه ، ولا يلزم البائع أن يقبل العطاء الأعلى ، فمن حقه رفضه لأنه لا يجبر أحد على بيع ملكه . انظر : بدائع الصنائع 232 وما بعدها وتبيين الحقائق للزيلعي 67/4 وفتح القدير 239/5 والمهذب 291/1 وبداية المجتهد 139/2 .

بماله ، فيباع ماله بطريق المزايدة .

ويدخل في المزايدة ويشتري ما يباع بها كل شخص إلا ما كان في مشتراهم شبهة المحاباة . وقد سبق بيان ذلك عند ذكر الأشخاص الممنوعين من المشترى مراعاة للمصلحة العامة ، فارجع إليه إن شئت .

فإن كان المشتري أجنبيًا فالمزاد بيع لمن أعطى أزيد . وإن كان شريكًا فقد تملك بها نصيب الآخرين . فعلى كل حال المزايدة بيع ناقل للملكية من المالك الحقيقي إلى من رسى عليه المزاد .

وبيع المزاد العلني لا خيار فيه بعيب ، إلا إذا كان يعلم من أجرى المزاد بهذا العيب ولم يظهره للمشتري فهو غاش ، فلمن اشترى الخيار كما سبق بيانه في بيع الحاكم .

ثانيًا : بيع الميراث : يشترط في صحة البيع ولزومه أن يكون البائع مالكًا للمبيع ، وأن يكون المبيع معلومًا وقت البيع مقدورًا على تسليمه (1) . وعلى هذا فحصة الوارث قبل استحقاقه في التركة بوفاة المورث ليست مملوكة للوارث وليست معلومة ، ولا يمكنه تسليمها ؛ لأنها مملوكة للمورث (2) ، وهو لا زال حيًا فضلًا عن أنه يجوز أن يموت المورث بدون ميراث ، كأن يبيع أملاكه أو يفلس إلخ ، فلا يصح بيع الميراث قبل استحقاقه ، ولو قبل نفس المورث ؛ لأن البطلان راجع لنفس العقد لا إلى المورث .

---

(1) من شروط صحة المعقود عليه قدرة على تسليمه لا طير في الهواء ، ولا وحش في الفلاة ، وعدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ، ولا القدر ، ولا الصفة . الشرح الصغير (4/3) .

(2) جاء في المدونة الكبرى : قلت لعبد الرحمن بن القاسم : أرأيت لو أني بعت موروثي من هذه الدار ، ولم أسم ما هو أخمس ، أم عشر ، أم ربع ، أم نصف أيجوز هذا البيع ؟ قال ابن القاسم : لا خير في هذا البيع عند مالك . المدونة الكبرى (241/4) . ويبطل التعامل في تركة شخص ما يزال على قيد الحياة في الفقه الإسلامي ، سواء بالبيع أو المقايضة أو الشركة ، ولو رضي صاحبها بهذا التعامل ، لأن « المعقود عليه غير معلوم علما نافيا للجهالة » ، فإن التركة هي ما يخلفه الإنسان بعد موته ، وتتجدد عناصرها بالإضافة والنقص طالما بقي على قيد الحياة . ولا يحق لهذا أن يبيع أحد ما قد يئول إليه من تركة أحد أقربائه ، لجهالة المبيع وعدم تعينه . نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، للدكتور محمد سراج ص 131 . ويمتنع كذلك عند جمهور الفقهاء بيع الصدقة والهبة قبل قبضهما ، لعدم لزومهما إلا بالقبض ، وكذا الغنيمة قبل القسمة ، وذلك لعدم ثبوت ملك البائع في المبيع . وخالف في هذا المالكية ورأوا صحة بيع الموهوب قبل قبضه من الواهب ، كما رأوا جواز بيع الفقير الصدقة الموعود بها قبل قبضها . ويتفق هذا مع رأيهم في لزوم الهبة بالعقد لا بالقبض . انظر : بدائع الصنائع 123/6 والجمل على شرح المنهج 598/3 والقوانين الفقهية 170 وما بعدها وحاشية الدسوقي 151/3 وما بعدها .

وأما بيعه بعد استحقاقه فهو صحيح . وأما هبته فمن وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه [1] بلا خلاف ، وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى . وقيل بعدم اللزوم . وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم وعدمه . والفرق بين الهبة والبيع أن الهبة لا يشترط فيها ما يشترط في البيع لابتنائها على التسامح بخلاف البيع ، فهو مبني على المشاحة من الجانبين وفيه عوض متقابل .

وصحة بيع الميراث بعد استحقاقه تعتمد على ثبوت إرث ، وعلى أن هناك موروثا ، وهذا لا يخرج عن كونه شرطًا من شروط البيع العام .

ولدائني المورث منعه من بيع نصيبه في ميراثه من مدينهم ، حتى يتم دفع ديونهم . فإن لم يدفع وباع نصيبه كان لهم نقض البيع فهم أولى بأموال مدينهم من مورثه حتى يتم دفع ديونهم من المشتري من هذا الوارث ؛ لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين عن المورث .

ويعتبر المشتري (المتخارج له) كأنه الوارث في جميع حقوق التركة ، متى كان البيع على جزء كربع أو ثمن في التركة بلا تفصيل . فإن كان لشيء معين من التركة ، كفدان أو منزل خص البائع أو ربع منزل مثلًا فهو بيع وشراء حقيقي (لا تخارج في التركة) فحق المشتري كأي مشتر آخر [2] .

ثالثًا : بيع الحق المتنازع فيه ، أو بيع ما فيه خصومة : لا يجوز بيع ما فيه خصومة، ولا الإقدام على مُشْتَرَى حقٍّ فيه خصومة . وفي الواقع بيع ما فيه خصومة : هو بيع التزام على شخص لآخر وجب عليه أداؤه ولم يؤده ، أو بيع مديونية شخص آخر قَبل الحلول محله في التقاضي والمشاكسة ، وهو ممنوع شرعًا ، فإن اطلع عليه فسخ وأدب فاعله [3] .

---

(1) قاعدة : من وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه .

(2) يقول الدردير : « ولا يخلو من هو عليه دين من كونه ميتا ، أو حيا ، أو حاضرًا ، أو غائبا فقال : « وشرط صحة بيع الدين ، حضور المدين » ، وذلك يستلزم حياته وإقراره به لا إن لم يقر ولو ثبت بالبينة ؛ لأنه من بيع ما فيه خصومه » .. الشرح الصغير 35/3 .

(3) جاء في الشرح الصغير في البيوع المنهي عنها : ذكر منها بيع كل ما فيه خصومة أي في تسليمه لمشتريه بأن يتوقف تسليمه له على منازعة كبيع مغصوب ، أو مسروق ، أو نحو ذلك تحت يد غير مالكه البائع له . الشرح الصغير (32/3) .

وقد نص على أنه يمنع شراء دين من ربه عنتا بالمدين ، ورُدَّ . فإن فات الثمن بيد بائعه رُدَّ مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ، ودفعه للمشتري عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

فلا يمكن مشتري الخصومة من الشراء ، فإن اشترى وجب الرد . فإن لم يمكن الرد فلا يمكّن من المدين إطلاقًا بل الذي يتولى القبض والسداد الحاكم . على أن المدين لا يدفع للمشتري أزيد مما دفعه ، بل بما أداه عنه ؛ لأنه كالسلف إن ثبت الأداء بإقرار صاحب الحق أو ببينة [1] .

وقد ذهب المشرع الإسلامي أزيد من هذا محافظة على المدين وإبعادًا للناس عن المشاحنات والبغضاء ، فاشترط في صحة بيع الدين حضور المدين وحياته وإقراره به ، ولو كان الحق ثابتًا بالبينة ؛ لأنه حينئذ بيع ما فيه خصومة وبيع ما فيه خصومة لا يجوز ، فلا يجوز شرعًا بيع دين الميت ولا دين الغائب ، ولا دين حاضر لم يقر به لما في ذلك من بيع ما فيه خصومة ، ويشترط أيضًا أن لا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة [2] .

ولاستعمال حق سحب الخصومة يجب على المدين أن يثبت أن الحق متنازع فيه ، أو أن هذا الشخص يريد الإضرار به بهذا الشراء أو أنه أقام نفسه لمشْتَرَى الخصومات ، ولا مصلحة له في ذلك ولا علاقة . ويجب على القاضي بعد إثبات ذلك منْعُه من هذا والحكم بالرد . فإن فات الثمن رد مثله أو قيمته . فإن تعذر تولى الحاكم نفسه قبض الدين من المدين بالمعروف ، ودفعه للمشتري عنتا ومنعه من التسلط عليه . فيدفع له ما دفع وما تكلف من مصاريف ضرورية فقط ، وينسحب أثر إبطال عقد

---

(1) يقول الدردير : « بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع ما على غريمك بدين في ذمة رجل ثالث . وأما بيعه بمال أو بمعين يتأخر قبضه ، أو بمنافع معيَّن فلا يمنع . وكذا بيع الدين بالدين كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة ، فإنه ممنوع لما فيه من ابتداء دين بدين » . الشرح الصغير جـ 3 ص 35 .

(2) وشرط صحة بيع الدين حضور المدين ، وذلك يستلزم حياته ، وإقراره به ، لا إن لم يقر ، ولو ثبت بالبينة لأنه من بيع ما فيه خصومة ، وتعجيل الثمن ، وإلا كان بيع دين بدين ، وهو ممنوع ، وكون الثمن من غير جنس الدين أو بجنسه في غير العين ، واتحدا قدرًا وصفة ، لا إن كان أقل لما فيه من قليل في كثير ، وهو سلف بمنفعة ، وليس الدين ذهبًا بفضة ، وعكسه لما فيه من الصرف المؤخر ، ولاطعام معاوضة ، وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ، وقد ورد النهي عنه . ولا يصح بيع دين ميت لأنه من بيع ما فيه خصومة ، ولا دين غائب ، ولا دين حاضر لم يقر به . الشرح الصغير (35/3 ، 36) .

الشراء إلى الماضي ؛ لأنه عقد منهي عنه شرعًا فيقع باطلًا .

وأما تنازل بعض الورثة إلى بعض عن خصومته فهذا لا يجوز إذا كان بين المتنازل له والمدين عداوة ، وكذلك الشركاء ، وكذلك الحكم في التنازل عن الخصومة سدادًا لدينه ، فالعلة وجود الخصومة والعداوة ، فإن وجدت منع البيع وإلا فلا .

بند [65]

الكتاب الثاني

الإيجار

القانون الفرنسي : الإيجار : عقد يشمل ثلاثة أنواع :

1 - إيجار شيء . 2 - إيجار عمل . 3 - إيجار خدمة .

إيجار شيء :

وهو عقد يتعهد فيه شخص لآخر بتمكينه من الانتفاع بشيء معين نظير دفع مبلغ من المال ؛ فالأول مؤجر ، والثاني مستأجر ، والعين المنتفع بها مؤجرة والمبلغ المدفوع أجر .

فالإيجار كالبيع يتحقق بعقد فيه التزام من الجانبين بمقابل . ويختلف البيع عن الإيجار في أن البيع عقد ناقل لملكية الشيء المبيع من أملاك البائع إلى أملاك المشتري نهائيًا بخلاف الإيجار فهو عقد إدارة ملك الغير على أن تكون ثمرة الإدارة للمدير نظير أجر يدفعه للمالك فلا تنتقل الملكية به .

ويختلف البيع أيضًا عن الإيجار في أن عقد البيع ينعقد مرة واحدة في وقت واحد باستلام العين المبيعة بخلاف الإيجار ، فتنفيذه يقتضي التتابع في استيفاء المنفعة فقط دون العين .

أنواع الإيجار المختلفة للشيء :

إيجار الشيء يظهر في عدة أشكال :

1 - إيجار المنازل . 2 - إيجار الحقول .

3 - إيجار المزرعة . 4 - إيجار الحكر لمدة طويلة .

5 - إيجار حفظ الدواب وإطعامها والاعتناء بها .

أولًا : دليل الإيجار : فصل القانون بين حالتين :

الأولى : أن لا يكون عقد الإيجار قد ابتدأ تنفيذه .

الثانية : أن يكون عقد الإيجار قد ابتدأ تنفيذه .

الحالة الأولى : أن لا يكون عقد الإيجار قد ابتدأ تنفيذه ، حيث منع القانون الدليل

الشفوي (الشهادة) متى حصل نزاع قبل النفاذ مع وجود العقد أو عدم وجوده ؛ فقد حرم القانون تقديم دليل البينة على وجوده حتى ولو كانت قيمته أقل من 150 فرنكًا ، ولكن تقبل الأدلة الأخرى كالحقوق العامة ، فيوجه اليمين لمن أنكر العقد ، ويعتبر الإقرار أمام القضاء حجة في الإثبات ، ويصح اعتبار ابتداء الدليل الكتابي كسند تقام بعده بينة الشهود .

الحالة الثانية : الإيجار ابتدأ تنفيذه ، ولكن الخلاف حصل في الثمن مثلًا ، فلا تقبل البينة أيضًا بشهادة الشهود ، ولكن يجوز توجيه اليمين إلى المؤجر ، كما يجوز للقاضي توجيهها للمستأجر ، ويجوز للمستأجر طلب آل خبرة لتقدير قيمة الإيجار ، وتقبل بقية الأدلة كما في الصورة الأولى .

ثانيًا – التزامات المؤجر :

المؤجر ملزم بثلاث التزامات أساسية :

أولًا : تسليم الشيء المؤجر إلى المستأجر في حالة صالحة للاستعمال من جميع الوجوه ، فيجب عليه عند تسليم العين المؤجرة القيام بالإصلاحات اللازمة التي يجب على المستأجر القيام بها مدة الإيجارة .

ثانيًا : يجب أن يكون الشيء المؤجر في حالة جيدة يمكن استيفاء منفعته مدة الإيجارة ، فالمؤجر ملزم بكل عيب أو نقص يمنع أو يقلل استغلال العين المؤجرة ، ويلزمه إصلاحه ، وإلا لزمه التعويض للمستأجر .

ثالثًا : يجب على المؤجر تمكين المستأجر بهدوء من استيفاء المنفعة ، فلا ينازعه في التمتع ، ولا يترك غيره ينازعه في ذلك .

مسألة الخسارة : إذا فقد أو تلف الشيء المؤجر كلًّا أو بعضا فعلى من تقع الخسارة ؟

إذا فقد أو تلف الشيء المؤجر كلية انفسخ عقد الإيجار ، وكانت الخسارة على حساب المؤجر . فإن تلف أو عدم بعض من الشيء المؤجر فالمستأجر بالخيار في حل العقد أو طلب نقص قيمة الإيجار المقررة على الكل بنسبة النقص ، وليس على المؤجر أي تعويض في كلتا الحالتين ، لأن التلف حصل بغير فعل المؤجر .

ثالثًا : التزامات المستأجر :

يلزم المستأجر بشيئين أساسيين :

أولًا : استعمال الشيء المؤجر برفق وعناية ، كأب العائلة ، فلا يغير ما خصص له الشيء

المؤجر ولا يحدث أي تلف به ، وعليه التصليحات المحلية الضرورية ، فإذا غير تخصيص الشيء المؤجر بأن جعل محل السكن ورشة أو محل تجارة فللمؤجر فسخ العقد .

فإذا تلفت العين المؤجرة لسوء استعمال المستأجر ، فهو الضامن إلا إذا ثبت أن التلف حصل بقوة قاهرة لا قبل لدفعها .

ثانيًا - دفع قيمة الإيجار :

وهذا الالتزام يتكون من شيئين :

1 - دفع قيمة الإيجار نفسه ، وهو كل ثلاثة أشهر ، إلا لشرط مخالف أو مقدمًا بشرط أيضًا .

2 - فرش منزل السكنى بمنقول يضمن الإيجار ، وإلا جاز إخراجه إلا إذا أحضر ضامنًا مقتدرًا لدفع قيمة الإيجار .

وعند حصول حريق للعين المؤجرة فالمستأجر ضامن ؛ لأنه ملزم برد العين المؤجرة كما تسلمها . ومتى حرقت انعدم الرد فعليه إثبات أن الحريق حصل بقوة قاهرة لا دخل له فيها ، وذلك بأحد أمور ثلاثة :

1 - أن الحريق حصل بغير فعله ولا إرادة له في ذلك ، كصاعقة من السماء .

2 - أن الحريق حصل لنقص في بناء المنزل ، كتشقق مدخنة البيت فشب الحريق .

3 - أن الحريق انتقل من منزل مجاور .

ولا يكفي في عدم مسئولية المستأجر إثبات أنه لم يشعل النار لا هو ولا من يعول في عائلته . وإن حرق منزل وبه عدة مساكن فالضمان حسب قيمة إيجار كل واحد منسوب إلى المجموع . ولكل واحد إثبات مسئولية الآخر من أنه أساس الحريق ، أو أنه حصل من جار ولا قدرة لهم على دفعه .

رابعًا - طبيعة حق المستأجر :

هل حق المستأجر على العين المؤجرة حق عيني أو حق دَيْني شخصي ؟ خلاف ، ويترتب على هذا الخلاف نتائج هامة :

1 - إذا كان حق المستأجر عينيًا لزم أن يكون له دعوى خاصة ضد الغير للاعتراف بحقه ، كالمنتفع المستغل . فإن كان حقه دَيْنيا شخصيًا فليس له إلا دعوى ترفع ضد المؤجر ليمنع تعرض الغير له في استيفاء المنفعة .

2 – إذا كان حق المستأجر عينيًّا ، فلا يعارضه الحكم الصادر الذي حاز قوة الشيء المقضي فيه ضد المؤجر ، فإن كان حقه شخصيًّا فهذا الحكم يعارض المستأجر .

3 – إذا كان حق المستأجر عينيًّا فالمشتري للعين المؤجرة يكون ملزمًا بعدم التعدي على هذا الحق مع تركه يستوفي حقه ، فإن كان حقًّا شخصيًّا فيكون مجبرًا بتمكينه من الاستغلال .

4 – إذا كان عقد الإيجار يعطي المستأجر حقًّا عينيًّا وجب رفع الدعاوي الخاصة به أمام محكمة العقار خصوصًا إلغاء العقد ، وإن كان حقًّا شخصيًّا ، وجب أن يكون في محل إقامة المدعى عليه .

والرأي السائد والمقبول قانونًا هو أنه حق دَيْنِيّ شخصي .

حق المستأجر : هل هو حق منقول أو عقار ؟ خلاف مبناه الخلاف السابق ، فإن كان حقه عينيًّا فهو عقار ، وإن كان دينيًّا فهو منقول [1] .

بند [66] الإيجار

التشريع الإسلامي :

عقد الإيجار [2] : هو تمليك منافع شيء مباحة مدةً معلومةً بعوض [3] ، ولا مانع من مجاراة التقسيم الوضعي في تنوع عقد الإيجار بالنسبة لموضوع العقد ، وهو إيجار شيء ، وإيجار عمل ، وإيجار خدمة [4] ؛ لأنه قد نص على أحكامه وإن كانت غير مرتبة .

(1) انظر : البنود من 1708 إلى 1762 في البابين الأول والثاني من الكتاب الثامن ، المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 77 – 88 .

(2) يقول الدردير : « الإجارة عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض بما يدل على تمليك المنفعة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 298 .

(3) تناولت المادة 558 من القانون المدني المصري تعريف الإجارة ، ونصها : الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم .

وهو ما تناولته المادة 658 من التقنين الأردني ، والمادة 722 من التقنين العراقي ، والمادة 561 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية 193 ، 194 .

(4) يقترب هذا التقسيم من تقسيم الحنابلة للمنفعة المعقود عليها في الإجارة عندهم ؛ لأنها إما أن تكون إجارة عين معينة لمدة محددة ، وإما أن تكون إجارة عين موصوفة في الذمة ، أو إجارة عمل في الذمة في محل معين أو موصوف . وفرقوا في هذا بين نوعين من الإجارات ، الأول : استئجار العامل مدة لعمل بعينه ، والآخر استئجاره على عمل معين في الذمة ، كخياطة ثوب . انظر المغني 8/6 وكشاف القناع 469/3 .

إيجار الشيء . والمراد بالشيء : ما يقابل العمل والخدمة ، فيشمل إيجار العقار (منازل ، حوانيت إلخ) ، وإيجار الحقول أرض الزراعة ، ويدخل فيها المزارعة ، (وإن كانت لها أحكام خاصة كما يأتي) ، ويدخل فيها الحكر ؛ لأنه ما كان لمدة طويلة . أما إيجار حفظ الدواب وإطعامها والاعتناء بها فهو من قبيل إيجار الخدمة .

والإيجار كالبيع في أن شرط صحته تمييز المتعاقدين (مؤجر ومستأجر) وشرط لزومه التكليف . ولوجود عقد الإيجار يجب وجود عاقد أهلًا للتعاقد ، وأجر ، ومنفعة ، وصيغة (وإن معاطاة من الجانبين) [1] .

والإيجار محله المنفعة لا العين المؤجرة ، فلا يملك المستأجر منها إلا منفعتها مع بقاء ملكيتها على المؤجر [2] ، واستيفاء المنفعة إنما يكون لحظة فلحظة تبعًا لوجودها وتمتع المستأجر بها ، فمستأجر البيت شهرًا يستوفي منفعة المنزل بالمبيت به شيئًا فشيئًا لنهاية الشهر مثلًا .

دليل الإيجار : يقام دليل الإيجار ككل دعوى مالية ، أي يثبت بالدليل الكتابي ، أو الشهادي مهما كانت قيمة الإيجار ؛ فشهادة الشهود غير محدودة ، كما سبق ذلك في الشهادة . فمدعي الإيجار أو الاستئجار عليه إثبات دعواه بأي دليل من الأدلة الشرعية . فإن لم يكن هناك دليل ففيها التفصيل الآتي :

أولًا : اختلفا في وجود إيجار أو عدم وجوده ، أو اختلفا في الأجر والمسافة ، ولم يكن تم النقل ولا ابتدئ في العمل فإن حلفا فسخ العقد . ويبدأ المؤجر فيحلف على صدق دعواه ، ونفي دعوى صاحبه ، فإن حلفا فسخ العقد ، وإن نكل أحدهما عن اليمين قضي عليه للآخر .

---

(1) أركان الإجارة أربعة :

الأول : عاقد من مؤجر ومستأجر كالبيع فشرط صحتها العقل ، والطوع ، وشرط اللزوم التكليف ، والرشد ، فالصبي المميز يتوقف لزوم إجارته لنفسه ، أو ماله على إذن وليه ، ومثله العبد ، وكذا السفيه في سلعة ، فإن أجر نفسه فلا كلام لوليه إلا إذا حابى ، ولا تصح من مجنون ومعتوه ، ومكره .

الثاني : صيغة كالبيع فتنعقد بما يدل على الرضا ، وإن معاطاة .

الثالث : أجر كالبيع من كونه طاهرا ، منتفعا به مقدورًا على تسليمه ، معلوما ذاتا وأجلًا ، أو حلولًا .

الرابع : منفعة ، وهي المعقود عليها . الشرح الصغير (298/3 ومابعدها) . وانظر تعريف الإجارة في حاشية ابن عابدين 2/5 والبدائع 333/6 والمبسوط للسرخسي 74/15 وحاشية الدسوقي 2/4 وبداية المجتهد 251/2 والمهذب 395/1 ونهاية المحتاج 260/3 .

(2) قاعدة : الإيجار محله المنفعة فلا يملك المستأجر من العين إلا منفعتها مع بقاء ملكيتها على المؤجر .

ثانيًا : اختلفا في الأجر والمسافة بعد سير كثير أو بلوغ الغاية :

فالقول للمستأجر إن أشبه فقط ، كأن استأجر زيد دابة أو عربة لمدينة بنها من القاهرة ، فقال صاحب الدابة ، أو سائق العربة : الإيجار إلى بنها ثلاثة جنيهات ، وقال الراكب : جنيه ونصف . فقال السائق : إن أصل الإيجار بهذا المبلغ إلى بلدة طوخ فقال : لا بل إلى بنها ، فقد اختلفا في الأجر ، و المسافة ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول للمكتري ، وهو الراكب بيمينه إن أشبه قوله العرف بأن كانت الأجرة في المعروف إلى بنها 150 قرشًا مائة وخمسين قرشًا ، ولزم السائق الذهاب به إلى بنها بهذا المبلغ . فإن حلف السائق على ما ادعاه كان له حصة المسافة على ما ادعاه المكتري ، وهو من طوخ إلى بنها في قيمة هذا الأجر 150 قرشًا صاغًا ، فتزاد على 150 قرشًا صاغًا .

ثالثًا : اختلفا في المسافة فقط فالقول للمكتري إن أشبه قوله فقط دون المكتري انتقد أم لا أو أشبها معًا ، وانتقد المكري الكراء لترجيح جانبه بالنقد ، وإن لم ينتقد حلف المكتري ولزم المكري ما قال المكتري من بقية المسافة إلا أن يحلف على ما ادعى بعد حلف المكتري فله حصة المسافة التي ادعاها ، وفسخ الباقي وإن لم يشبها معًا بعد السير الكثير أو بلوغ الغاية النهاية حلفا وفسخ بكراء المثل فيما مشى [1] . وفي هذه المسائل وما شابهها تفصيل عظيم في آخر باب الإجارة في كتب الفقه فليرجع إليه من شاء ، والمنصوص عليه أن البينة تقبل في إثبات الحق المالي ، ومنه الإجارة سواء بدئ في تنفيذ عقد الإيجار أم لا .

التزامات المؤجر :

يجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة كما رآها المستأجر أو وصفت له ، بشرط أن تكون صالحة لاستيفاء المنفعة المؤجرة لأجلها [2] . كما يجب أن تكون العين

---

(1) تفصيل المسألة في بداية المجتهد لابن رشد حيث عقد فصلًا عن اختلاف المتكارين في الدواب ، والرواحل قال فيه : ومن مسائل المذهب المشهورة اختلاف المتكارين في الدواب ، وفي الرواحل ..... بداية المجتهد (234/2 ، وما بعدها) ، المدونة الكبرى (384/4) .

(2) تناولت المادة 564 من القانون المدني المصري التزام المؤجر ، ونصها : « يلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة ، وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقًا لما تم عليه الاتفاق ، أو لطبيعة العين » . وتتفق في حكمها مع المادة 677 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 197 . ويتفق هذا الحكم مع ما جاء في المواد 523 ، 582 ، 584 من مجلة الأحكام العدلية ، والمواد 574 ، 575 ، 576 ، 624 من مجلة الأحكام الشرعية (على المذهب الحنبلي) والمادة 632 من مرشد الحيران .

المؤجرة صالحة للاستعمال مدة الإجارة ، وإلا فسدت الإجارة . فإذا كانت دارًا جديدة جاز إيجارها ثلاثين سنة أو أرضًا مأمونة الري كذلك مثلًا . ولكن الدار القديمة التي لا يظن أن تعيش عشرين سنة لا يجوز إيجارها ثلاثين سنة ؛ فيجب إذًا مراعاة إمكان استيفاء منفعة العين المؤجرة مدة الإيجار . ويجب تمكين المستأجر من استيفاء منفعة العين المؤجرة . والتمكين في كل شيء باعتباره ، ففي البيت مثلًا بتسليم المفاتيح وفي الأرض بالتخلية والتسليم وهكذا .

فإذا حصل عيب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة كاملة فإن المكري ملزم بإصلاحها على أحد القولين كما يأتي . فإن لم يفعل أنقصت قيمة الإيجار بقدر النقص العارض قيمة لا مساحة ، كذهاب بلاطها أو جصها أو بياضها ، ويمكن معه السكنى ، بشرط أن يقوم بمخاصمة المالك ، وإلا لزمه جميع الكراء . وإن حصل تلف أو فناء يمنع استيفاء المنفعة كلها ، أو المهم منها خير المكتري في الفسخ والإبقاء ، فإن بقي لزمه الكراء بنسبة ما انتفع متى طلب ذلك .

وقال العلامة ابن القاسم : « لا يجبر مؤجر على إصلاح لمكتر ساكن مثلًا مطلقًا ، سواء أكان ما احتاج للإصلاح يضر بالساكن أم لا ، حدث بعد العقد أم لا » أمكن معه السكنى أم لا ، وقال ابن حبيب [1] : يجبر الآجر على الإصلاح . قال العلامة ابن عبد السلام [2] وبه العمل « فيجب إذا على المؤجر إصلاح العين المؤجرة لإمكان استيفاء المنفعة ويجبر على ذلك » .

ومحل هذا الخلاف في المضر اليسير ، وأما الكثير فلا يجبر على إصلاحه إجماعًا كما قال ابن رشد [3] ، فإن تمكن المستأجر من الانتفاع الناقص ، ولو مع تضرره ، وانتفع بالفعل

(1) هو ابن سحنون ، فقيه المغرب ، محمد أبو عبد الله ابن فقيه المغرب عبد السلام سحنون بن سعيد التنوخي القيرواني ، شيخ المالكية .تفقه بأبيه ، له كتاب « السير » عشرون مجلدًا وغيره توفي في 265 هـ سير أعلام النبلاء 466/10 .

(2) ابن عبد السلام : هو أبو منصور عبد الله بن محمد بن أبي الحسن علي بن هبة الله بن عبد السلام البغدادي ، ولد في ربيع الأخر ، أو جمادى الأولى سنة ست وخمسمائة . سمع من أبي القاسم ، وابن علي ابن نبهان ، وحدث عنه : الشيخ موفق الدين المقدسي ، ويوسف بن خليل ، وتوفي في التاسع من ربيع الأول سنة تسع وثمانين وخمسمائة . سير أعلام النبلاء 408/15 ، 409 .

(3) ابن رشد : هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد ، قاضي الجماعة بقرطبة ، من أعيان المالكية ، وهو جد الفيلسوف ابن رشد ، توفي سنة 450 هـ بقرطبة من تصانيفه : البيان والتحصيل ، المقدمات والممهدات . انظر : الأعلام 16/5 .

دفع بحصة ما انتفع ، وإن لم يتمكن أو لم يرد مع الضرر الكثير فهو مخير بين فسخ العقد أو الإبقاء إن أمكن الانتفاع ، وإلا فسخ العقد ، كعدم وجود منفعة تقابل الأجر [1] .

مسألة الخسارة :

متى تلفت أو فقدت العين المؤجرة كلية انفسخ عقد الإيجار والخسارة على المالك وهو المؤجر [2] ؛ لأنه هو المالك للعين المؤجرة ، والمنفعة قد تعذرت ، فإن مضى وقت انتفع فيه المستأجر فعليه قيمة هذه المنفعة بنسبة المدة ، وإن لم تمض مدة فلا شيء له .

وإن تلف أو عدم بعض الشيء المؤجر ، فإن كان الأكثر ، وإن كان به تذهب الفائدة خير في الإبقاء أو الفسخ ، ولا كلام للمؤجر إذن . وإن كان التالف قليلًا ويمكن معه استيفاء المنفعة ، ولكن ناقصة فلا خيار للمستأجر بل عليه الاستمرار في الانتفاع ، ودفع الإيجار ناقصًا قيمة هذا النقص قيمة لا مساحة .

فإن كان التالف أو المعدوم قليلًا ، ولكنه أضر بالمستأجر كثيرًا ، خير في الفسخ أو الإبقاء كمستأجر دار له ساتر حائط مثلًا بينه وبين الجيران ، أو بينه وبين المارة فهدمت هذه الحائط ، فأصبح السكان مكشوفين ، فهذا ضرر كبير وإن كان النقص وهو انهدام الحائط الساتر لم يمنع من استعمال منفعة البيت ، ولم يصلحها المالك فالمستأجر بالخيار في الإبقاء أو الفسخ .

التزامات المستأجر :

يجب على المستأجر استعمال الشيء المؤجر برفق كصاحبه [3] ، فإن أفرط لزمه

---

(1) يقول الدردير : « المستأجر لشيء من حيوان ، أو عرض ، وكذا الأجير كالراعي أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف كان مما يغاب عليه أم لا ، ويحلف إن كان متهمًا لقد ضاع وما فرط » . راجع الشرح الصغير جـ 3 ص 312 .

(2) قاعدة : متى تلفت العين المؤجرة كلية انفسخ عقد الإيجار والخسارة على المؤجر . ولا خلاف بين فقهاء المذاهب كذلك على أنه إذا حدث في المعقود عليه عيب يخل بالمنفعة المعقود عليها والمقصودة من العقد كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة ، وإن سبق له الرضا بالعيب طبقا لما ذهب الكثير من الفقهاء . انظر : البدائع 199/4 والمهذب 405/1 والمغني 30/6 والإنصاف 66/6 . وحاشية الدسوقي 29/4 . وقد نصت المادة 476 من المجلة العدلية على أنه « إذا فات الانتفاع بالكلية سقطت الأجرة . مثلا لو احتاج الحمام إلى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الأجرة اعتبارا من وقت انقطاع الماء . ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة .

(3) تناولت المادة 579 من القانون المدني المصري التزامات المستأجر ، وأوجبت عليه أن يستعمل العين المؤجرة وفقا لما جرى به العرف . وهو ما تناولته المادة 762 من التقنين العراقي ، والمادة 589 من التقنين الكويتي . انظر : =

ما أتلفه ، ويجب عليه استعمال الشيء المؤجر طبق عقد الإيجار ، وعدم تغييره عما وضع له ، وإلا كان ملزمًا برد كل شيء لأصله .

ضمان العين المؤجرة :

المستأجر أمين ، فمن تولى المعقود عليه أو العين المؤجرة من مؤجر ومستأجر أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف ، كان مما يغاب عليه أولا ، ويحلف إن كان متهمًا لقد ضاع وما فرطت .

ولو شرط المؤجر على المستأجر الضمان فلا ضمان ، وتكون الإجارة فاسدة [1] ؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى عقد الإيجار فله أجر المثل زادت أو نقصت على القدر المسمى [2] .

والمستأجر مصدق في دعواه التلف أو الضياع سواء استأجر لركوب ، أو حمل ، أو لبس أو غير ذلك ، وأما المستأجر فإن كان المستأجر عليه غير طعام ، كالعروض وكالحيوان بالنسبة للراعي ، أو كان طعامًا لا تسرع إليه الأيدي كالقمح ، فإنه يصدق في دعواه التلف أو الضياع ما لم يأت المدعي بما يدل على كذبه .

وإن كان طعامًا تسرع إليه الأيدي ، كالسمن والعسل والزيت ، فلا يصدق ويحمل على الخيانة ، حتى يثبت صدقه ببينة أو يصدقه ربه ، أو يكون التلف بحضوره ، أو بحضور وكيله ، فإن ثبت صدقه بواحد مما ذكر فلا ضمان .

ويجب على المستأجر دفع الأجر للمؤجر ، ويجب أن يكون الأجر معلومًا ، ويجوز كراء العقار شهرًا مثلًا على أنه إن سكن المكتري يومًا فأكثر من الشهر لزمه العقد ، وتلزمه الأجرة بتمامها ولو خرج منه .

ومحل الجواز إن دخلا على أن المكتري يملك بقية المدة بالسكنى والإسكان ،

= المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 207 .

(1) قاعدة : لو شرط المؤجر والمستأجر الضمان فلا ضمان وتكون الإجارة فاسدة .

(2) المستأجر لشيء من حيوان أو عرض أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع ، أو التلف كان مما يغاب عليه أولا ، ويحلف إن كان متهما ، لقد ضاع ، وما فرطت . ولو شرط عليه إثبات الضمان ، فلا عبرة بهذا الشرط لأنه شرط يناقض العقد . الشرح الصغير (312/3) . وقد جاءت المادة 583 من القانون المدني المصري بأن على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي ، كما بينت هذه المادة أنه مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك ، ما لم يكن هذا التلف أو الهلاك ناشئا عن استعمالها استعمالا مألوفا أو راجعا إلى سبب لا يد له فيه .

وأما لو دخلا على أنه إن خرج المكتري من العقار رجع العقار لربه ، ولا يتصرف المكتري فيه بقية المدة لا بكراء ولا بغيره فإن ذلك لا يجوز .

وعجل الأجر على أن لم يكن معينًا ، وشرط تعجيله أو كانت العادة تعجيله سواء أكانت المنافع معينة أو مضمونة شرع فيها أم لا ، أو كان الأجر معينًا في منافع مضمونة في الذمة لم يشرع فيها فيجب التعجيل ، فإن شرع جاز التأخير [1] .

فإن انتفت هذه الاعتبارات فمياومة في كراء الأرض والعقار والرواحل والآدمي للخدمة والأواني ، في غير الصانع والأجير في المشاحة [2] ، أو ما في التراضي فيجوز تعجيل الجميع أو تأخيره . والأجير والصانع ليس لهما أجرة إلا بعد التمام إلا لعرف أو شرط ، والدفع يكون مشاهرة إن كان الإيجار كذلك في العقار ومسانهة إن كان لمدة سنة ، كأرض الزراعة مثلًا إلا لعرف أو شرط فيعمل به .

وفرش منزل السكنى ليس بشرط في الأصل إلا أن العرف جرى بذلك ، فإن لم يفرش المستأجر أو يضع آلات في مصنعه يكون مخلًّا بشرط جرى العرف به ، ويكون سببًا في طلب ضمان للأجر ، أو إخلاء العين المؤجرة للإخلال بشرط يقتضيه العرف ، كما يقتضيه الشرط .

الحريق :

القاعدة أن المستأجر أمين إلا إذا تعدى [3] ، ومتى أثبت المستأجر أنه لم يتعد فلا ضمان عليه ولا مسئولية [4] ، فإن كان الحريق شب من سوء استعمال آلة أو من إهمال في الاحتياط بأن كانت المواد الملتهبة معرضة للالتهاب فالمستأجر ملزم بما

---

(1) يعجل الأجر وجوبًا في الإجارة إن شرط التعجيل ، أو اعتيد ولم يكن الأجر معينا ، أو عين الأجر كهذا الثوب ، أو العبد ، فإنه يجب تعجيله أي إن شرط التعجيل ، أو كان العرف تعجيله ... ويجب تعجيل الأجر إذا لم يعين إذا كان في منافع مضمونة في ذمة المؤجر » . الشرح الصغير (300/3) .

(2) إذا لم يكن الأجر معينا ، ولا شرط تعجيله ، ولا العادة تعجيله ، ولا المنافع مضمونة ، فإن انتفت الأربعة ، فلا يجب تعجيل الأجر . وإذا لم يجب التعجيل ، فمياومة أي كلما استوفى منفعة يوم ، أو تمكن من استيفائها لزمه أجرته ، والمراد باليوم القطعة من الزمن الصادقة بالأكثر ، والأقل ، وهذا عند المشاحة في نحو أكرية الدور ، أو إجارة سلع أو بناء . الشرح الصغير (301/3) .

(3) قاعدة : المستأجر أمين إلا إذا تعدى ، ومتى أثبت أنه لم يتعد فلا ضمان عليه . وقد نصت المادة 692 مدني أردني على أن « المأجور أمانة في يد المستأجر ، يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ من تقصيره أو تعديه ، وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي » .

(4) المستأجر لشيء من حيوان أو عرض أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف ، كان مما يغاب عليه أم لا ، ويحلف إن كان متهمًا ، لقد ضاع ، وما فرطت ، ولا يحلف غيره ، وقيل : يحلف مافرط . الشرح الصغير (312/3) .

أتلف ، ويكفي إثبات أنه لم يكن سببًا فيه إذا اتهم ؛ لأن الأصل عدم الضمان .

طبيعة حق المستأجر :

حق استيفاء منفعة الشيء المؤجر للمستأجر حق عيني على الذات المؤجرة ، بمعنى أن الذات المؤجرة ، إذا كانت مقصودة في عقد الإيجار كمنزل بعينه أو قطعة أرض بعينها فهو حق عيني على هذه العين . وإن كانت الذات المؤجرة ، ليست مقصودة كالتعهد بنقل زيد لبلد كذا فاستيفاء المنفعة أو طبيعة حق المستأجر حق ديني في الذمة . والفرق بينهما : أن الحق العيني ينتهي بانعدام الذات المؤجرة ، والمؤجر ليس ملزمًا باستحضار البدل . والحق الدَّيْني لا ينتهي بانعدام الذات المؤجرة والمؤجر ملزم باستحضار بدلها لتمام عقد الإيجار .

والواقع أن البحث في طبيعة حق المستأجر بحث اعتباري يرجع إلى نفس طبيعة العين المؤجرة ، وإلى كيفية تعهد المؤجر بالالتزام هل هو التزام في عين محددة أو هو التزام في الذمة ؟ .

بند [67] التنازل عن عقد الإيجار والتأجير للغير من المستأجر

القانون الفرنسي : هاتان العمليتان تطبق عليهما القواعد العامة الآتية :

أولًا : للمستأجر الحق في التنازل عن عقد الإيجار للغير بدون احتياج لرضاء المؤجر إلا لشرط أدرج في العقد فيعمل به ، ومثل هذا الإيجار من المستأجر للغير .

ثانيًا : في حالة التنازل عن عقد الإيجار ، أو التأجير للغير : للمؤجر الحق في رفع دعوى مباشرةً ضد المتنازل له ، أو المستأجر من الباطن ؛ لمطالبتهما بما على المستأجر الأصلي من إيجار ، وما يوجد بالعين المؤجرة من منقول ضامن لذلك .

ثالثًا : في حالة التنازل أو التأجير للغير يبقى المستأجر الأصلي مسئولًا قِبَلَ المؤجر وجهًا لوجه عن تنفيذ شروط العقد ، وليس هذا فسخًا بل ضمَّ المتنازل له أو المستأجر الجديد إلى المستأجر الأصلي في المسئولية قبل المالك .

ويختلف التنازل عن الإيجار للغير في النقط الآتية :

أولًا : التنازل عن عقد الإيجار للغير ما هو إلا تنازل عن الالتزامات الخاصة بالمؤجر (المديونية) يعمله المستأجر ، ولكن التأجير للغير عقد جديد بني على العقد الأول .

ثانيًا : في حالة التنازل يجب على المستأجر إعلام المؤجر بهذا التنازل في إخطار رسمي أو أخذ قبول منه بذلك ، ولكن التأجير يبقى بعيدًا عن هذه الإجراءات الحتمية .

ثالثًا : في حالة التنازل للمتنازل له حق مقاضاة المؤجر المالك ؛ لأن كل حال كان للمستأجر الأول أصبح بمقتضى التنازل للمتنازل له ، ولكن المستأجر الثاني من الأول لا يملك مقاضاة المالك مباشرة بل يقاضي من آجر له .

نهاية عقد الإيجار

عقد الإيجار ينتهي بحدوث أحد ستة أشياء :

أولًا : نهاية أجله : فإن كان محددًا في العقد مدة الإيجار ، فتنتهي الإيجارة بمجرد وجود الأجل بدون إعطاء مهلة أو إنذار ، فإن كان مشاهرة أو مسانهة فلا ينتهي إلا بإعطاء مهلة ، أو إنذار حسب شرط العقد أو العرف .

ثانيًا : إرادة المتعاقدين : دائمًا يجوز للمتعاقدين معًا حل عقد الإيجار في أي وقت شاءا ، حتى ولو كان له أجل محدد . فإذا كان بدون أجل جاز لكل طرف أن يعلن إرادته منفردة في حله مع مهلة للطرف الآخر . والمهلة قد تكون اتفاقية بين الطرفين فيعطى بها كتابة عرفية لما اتفقا عليه ، وقد تكون غير اتفاقية فتعلن للطرف الآخر بطريق قلم المحضرين ، والمهلة لا تحديد لها في القانون ولكن يُتبع العرف والعادة .

ثالثًا : فسخ عقد الإيجار : إذا أخل أحد الطرفين بتعهداته قِبَلَ الآخر فله طلب فسخ عقد الإيجار وعلى المحكمة الحكم بذلك ، وهو كفسخ البيع ولكن لا يرجع في عقد الإيجار للماضي كعقد البيع ، وإنما يعمل به مستقبلًا فقط ، وكأن عقد الإيجار قد حلّ أجله فبطل عمله .

رابعًا : ضياع الشيء المؤجر : عقد الإيجار ينحل من نفسه بضياع الشيء المؤجر .

خامسًا : نزع ملكية العين المؤجرة للمصلحة العامة : متى نزعت ملكية العين المؤجرة للمصلحة العامة انفسخ عقد الإيجار ، ويعطى للمستأجر تعويضًا نظير ذلك .

سادسًا : موت المؤجر والمستأجر لا يؤثر على عقد الإيجار مطلقًا ، وعلى ورثة المتوفى أن يقوموا بما تعهد به مورثهم قبل الطرف الآخر .

بيع أو تمليك العين المؤجرة :

البيع أو التمليك لا يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة حسب عقد الإيجار ، وليس

للمالك الجديد التعرض له بشرط أن يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ .

وللمؤجر أن يحفظ لنفسه الحق في إخراج المستأجر متى باع العين المؤجرة .

أحكام خاصة بعقد إيجار الأطيان الزراعية :

يختص إيجار الأطيان الزراعية بأحكام خاصة في الخسارة وفي مدة الإجارة .

أما الخسارة : فتتحقق في تلف المحصولات الزراعية ، فكل مستأجر زراعي أصيب محصوله بتلف في النصف على الأقل ، فله الحق في نقص الإجارة بالنسبة لهذه الخسارة .

فإن كانت الإجارة لمدة طويلة ، ومنها سنين تلف فيها المحصول ، وسنين لم يتلف كان للمستأجر الحق في التخفيض في المجموع بالنسبة للسنين العجاف بشرط أن يكون التلف لنصف محصول سنة .

وهذا الحق شخصي للمستأجر طلبه متى شاء لا بقوة القانون ، بحيث يجوز للمالك شرط عدم تحمل أي خسارة ، أو تعويض لأي سبب .

وأما مدة الإجارة : فإن كانت محدودة في العقد بزمن معين ، فينتهي الإيجار متى جاء أجله ، وإن كانت غير محدودة فتتبع القواعد الآتية :

1 - إذا كان الشجر يستغل سنويًا تعتبر لمدة سنة .

2 - وإذا كانت الأرض تحرث وتستغل على سنين مثلًا تزرع ثلثًا كل سنة ، فتعتبر لمدة ثلاث سنين ، وهكذا والعرف محكم في مثل هذا .

ومتى انتهت الدورة الزراعية التي تعتبر فصلًا في الزراعة انفسخت الإجارة من نفسها بدون إمهال ولا إنذار .

ويجب على المستأجر الذي ينتهي عقده أن يترك المساكن ، والمرافق اللازمة لخلفه بحالة يمكنه استعمالها حسب العرف والعادة ، وعليه ترك القش والسباخ المعد للسنة القادمة إذا كان قد استلم عند دخوله هذا ، وإلا فللمالك أخذها بعد تقديرها ، وليس للمستأجر طلب تعويض من المالك عما أحدثه في أرضه من إصلاح وتحسين أو زيادة إنتاج لأي سبب [1] .

---

(1) انظر : البنود 1717 ، 1741 ، 1742 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 79 ، 84 .

بند [68] التنازل عن عقد الإيجار ، والتأجير للغير من المستأجر

التشريع الإسلامي : يجوز للمستأجر إيجار العين المؤجرة لمالكها أو لغيره بأجر أزيد أو أقل بدون احتياج لرضاء المالك (المؤجر) إلا إذا اشترط المؤجر عدم جواز الإيجار من الباطن ، وحينئذ لا يجوز اشتراط دفع الأجر عن المدة المؤجرة مشاهرة أو مسانهة ، بل يدفع عن المدة التي شغلها فقط [1] .

وقد نص الفقهاء : على أنه يجوز كراء العقار شهرًا ، مثلًا على أنه إن سكن المكتري يومًا فأكثر من الشهر لزمه العقد ، وتلزمه الأجرة بتمامها ، ولو خرج منه ، ويشترط في جواز هذا أن يدخل المتعاقد على أن المكتري يملك بقية المدة بالسكنى والإسكان ، وأما لو دخلا على أنه إن خرج المكتري من العقار رجع العقار لربه ، ولا يتصرف المكتري فيه بقية المدة لا بكراء ولا بغيره فإن ذلك لا يجوز ، يعني تكون الإجارة فاسدة ، وفيها كراء المثل مدة السكنى والاستعمال .

2 - في حالة التأجير أو التنازل على المتنازل أو المؤجر من باطنه أن يتخير من يحافظ على العين المؤجرة ، فلو أجر البيت لعائلة أكثر استعمالا للمنزل ، وأكثر عددًا أو الدابة مثلًا لغير أمين ، أو لأثقل منه ، أو أضر فلربها تضمينه ما حصل من الضرر .

ولرب الدابة أو المنزل مثلًا اتباع الثاني علم بتعدي الأول أو لم يعلم ، وتعمد الجناية أو

---

(1) يقول الدردير : « يجوز إيجار شيء مؤجر ؛ فمن أجر حيوانا أو غيره مدة معلومة كشهر أو سنة يجوز له أن يؤجر قبل انقضائها للمستأجر الأول أو لغيره » . الشرح الصغير جـ 3 ص 306 . وقد اختلف الفقهاء في هذا ، ولكن أكثرهم على جواز إجارة العين المستأجرة لغير المؤجر ، وهو مذهب الأحناف والمالكية والشافعية والراجح عند الحنابلة . وقد منع من ذلك بعض الفقهاء بناء على أن المنافع لم تدخل في ضمان المستأجر الأول لتجددها وحدوثها شيئا فشيئا فيكون قد ربح ما لم يدخل في ضمانه وباع ما لم يقبضه . وأما إجارة المأجور للمؤجر فجائزة عند المالكية والشافعية مطلقا قبل القبض أو بعده ، ولكن منع الأحناف من إجارة العين المستأجرة للمؤجر . انظر : الفتاوى الهندية 425/4 وحاشية ابن عابدين 65/5 ومواهب الجليل 417/5 وحاشية الدسوقي 7/4 وما بعدها والمهذب 403/1 والمغني مع الشرح الكبير 53/6 وما بعدها . وقد تناولت المواد 593 - 597 مدني مصري موضوع التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، وأجازت ذلك ما لم يقض الاتفاق بين المؤجر والمستأجر بغيره . ولا يختلف ذلك عما أخذ به القانون الأردني في المادة 703 ؛ إذ قضت هذه المادة بأنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه من شخص آخر إلا بإذن المؤجر أو إجازته » .

تعدى بما يتعدى به أي مستأجر ولو حصل التلف بسماوي ، أو عطبت العين المؤجرة بزيادة مسافة أو حمل تعطب به ، وللمالك كراء الزائد أو قيمتها يوم التعدي مع الكراء الأول .

وليس التنازل للغير أو الإيجار من الباطن فسخًا لعقد الإيجار ، ولكنه تصرف في منفعة لمن يستحقها بشروط نفس عقد الإيجار فلا زال المستأجر الأول ضامنًا نفادها ، حتى ولو لم يكن هو المستوفي لمنفعة العين المؤجرة .

فإن قبل المالك تنازل المستأجر فقد أخلى سبيله ، وأصبح وجهًا لوجه أمام المتنازل له (المستأجر الثاني) .

وحق جواز التنازل للغير عن المنفعة من الإيجار يشمل المنفعة العينية والدينية .

نهاية عقد الإيجار :

ينتهي عقد الإيجار بنهاية أجله متى كان محددًا ، فإن كان مشاهرة أو مسانهة فيجب على من أراد عدم استمرار العقد إخبار الطرف الآخر حتى يعلم نهاية العقد . وليس بلازم إخطاره على يد محضر ، ولكن المصلحة العامة تحتم ذلك خوفًا من الإنكار ، وكم من مؤجر ومستأجر لا يعرف للحق طريقًا ، فيجب التمسك بالرسميات ، أو ما يمكن أن لا يكون فيه شك ، كجواب موصى عليه مثلًا بفسخ عقد الإيجار ، وهذا لا يتنافى مع قاعدة المصلحة في مراعاة مصالح الناس .

فإن انتهى الأجل وبقي بالأرض المؤجرة زرع أخضر بعد المدة ، فليس للمالك قلعه وعلى المستأجر كراء الزائد على السنة .

وتعتبر السنة في المطر بالحصاد ، وفي أرض السقي بالشهور 12 شهرًا .

ويصح للطرفين فسخ عقد الإيجار ؛ لأنه عقد ككل العقود يصح لمن أوجده أن يفسخه وهما الطرفان . وليس لأحدهما الانفراد بفسخه إلا إذا كان لا أجل له كمن اتفق مع آخر على أن يعمل على جمله أو سفينته ، وأجر الدابة أو السفينة بينهما مناصفة مثلًا فهي إجارة صحيحة ، فيجوز لكل منهما فسخ العقد من جانبه ويحاسب على الماضي فقط ، وتحكَّم العادة في أنه ينتظر على الأجير جمع الأجرة ممن حمل لهم ، وتحكم العادة أيضًا بأنه متى ابتدأ العامل في العمل على الجمل في موسم الحصاد ؛ أو نقل الحب مثلا أن يتصل العمل إلى نهاية الموسم إلا إذا حصل سبب قوي يدعو لحل عقد الإيجار ، كتحميل الجمل فوق الطاقة ، وخشى المالك

ضررًا محققًا لماله أو أهمل العامل علف الدابة ، حتى أضناها العمل ، والتعب ، والجوع إلخ مما يبيح العرف حل عقد الإيجار لذلك فيجوز [1] .

والمهلة وعدمها يحددها عرف البلد .

وفسخت الإجارة بتلف ما يستوفى منه ؛ لأن كل عين يستوفى منها المنفعة تنفسخ الإجارة بهلاكها ، كموت الدابة المعينة وانهدام الدار [2] .

وكل عين تستوفى بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصح ، كموت [3] الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه مقامه ، فموت المستأجر لا يفسخ الإجاره [4] .

وقال بعض الفقهاء : تفسخ بتلف ما يستوفى به كما تفسخ بتلف ما يستوفى منه .

وقيل إن كان التلف من قبل الحامل فسخت وله من الكراء بقدر ما سار ، وإن كان التلف بسماوي لم تنفسخ ، ويأتيه المستأجر بمثله .

وقيل : إن كان التلف من قِبل الحامل فُسِخَت ، ولا كراء ، وإن كان بسماوي لم تنفسخ ويأتيه المستأجر بمثله .

وفسخت بسكون ألم ضرس استؤجر على خلعه ، وبغصب دار أو غصب

---

(1) يقول الدردير : « وفسخت الإجارة بتعذر ما يستوفى منه المنفعة كدار أو حانوت وحمام وسفينة ونحوها ، وإن لم يتعين حال العقد ودابة عينت » . الشرح الصغير جـ 3 ص 315 .

(2) تنفسخ الإجارة بهلاك العين المستأجرة طبقا لما جاء في المغني 76/6 والبدائع 196/4 .

(3) جمهور الفقهاء على أن الإجارة لا تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر ، لأنها عقد لازم ، فلا تنقضي بموت أي من العاقدين . وحجتهم ما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ أعطى خيبر لأهلها يزرعونها ولهم شطر ما يخرج منها ، فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وصدرًا من خلافة عمر ، ولم يذكر أن أبا بكر وعمر جددا الإجارة ، فدل ذلك على استمرارها بعد وفاة النبي ﷺ . أما الأحناف فقد خالفوا في ذلك واتجهوا إلى الحكم بانتهاء الإجارة بموت أي من العاقدين ، وهو مذهب الشعبي والثوري والليث بن سعد . وتتفق المادة 601 مدني مصري فيما أخذت به مع جمهور الفقهاء ، حيث تضمنت فقرتها الأولى النص على أن عقد الإجارة لا ينتهي « بموت المؤجر ولا بموت المستأجر » وهو ما أخذت به المادة 600 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 709 مدني أردني . انظر في التعرف على مذاهب الفقهاء : البدائع 200/4 وما بعدها والهداية 251/3 والفتاوى الهندية 459/4 والمغني لابن قدامة 347/5 .

(4) يقول ابن رشد : « لاتنفسخ الإجارة إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة ، وقال أبو حنيفة : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل أن يكري دكانا يتجر فيه ، فيحترق متاعه أو يسرق » . بداية المجتهد جـ 2 ص 229 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 315 ، 316 .

منفعتها ، وباستحالة استيفاء المنفعة لأمر قهري من السلطان أو الولي بغلق الحوانيت .

وفسخت برشد السفيه إن عقد الولي على السفيه لعيشه ، أو على سلعة أزيد من ثلاث سنين ورشد السفيه ، وبقي أزيد من ثلاث سنين ، فإن بقي أقل فلا خيار له .

فإن عقد عليه لا لعيشه فله الفسخ ؛ لأن الولي لا تسلط له على نفسه ، بل على ماله ، فلا اعتراض من الولي على إيجار نفسه إلا إذا حابى في الأجر ، فيتدخل الولي لذلك ، كما لا كلام للسفيه إن رشد في هذه الحالة ؛ لأنه كالرشيد في عمله .

وفسخت بِرُشْد صغيرٍ عقد على نفسه أو على سلعه (دابته أو داره) وليٌّ (أب أو وصي أو مُقام) فبلغ أثناء المدة رشيدًا خير في الإمضاء أو الفسخ . بشرط أن يعقد وليه ، وهو يظن بلوغه في مدة الإجارة ، أو لم يظن شيئًا بقي كثير أو قليل على نهايتها .

فإن عقد عليه ، وهو يظن عدم بلوغه في مدة الإجارة ، ففي العقد على نفسه إن بلغ والباقي من مدة الإجارة شهر ونحوه الإتمام وإلا خُيِّر . وفي العقد على ماله كذلك عند الإمام أشهب . وعند ابن القاسم إن عقد عليه ظانًا عدم بلوغه لزم الإتمام ولو بلغ ، والباقي من المدة كثير .

وتفسخ إذا أخل أحد الطرفين بشرط التعاقد خللًا يضر بالطرف الآخر ، كما يعلم تفصيل ذلك في كتاب الإجارة .

والفسخ يرجع ليومه فقط ، دون الماضي .

وينفسخ عقد الإيجار متى تلف أو ضاع الشيء المؤجر ، وكان معينًا في العقد [1] ، فإن كانت الإجارة لشيء في الذمة ، كحمل متاع لبلد كذا ، أو نقل الراكب لبلد كذا ، ومات الحامل ، أو نفقت الدابة ، فعلى ورثة الحامل القيام بما تعهد به مورثهم ، وعلى المتعهد بنقل الراكب إحضار بدل الدابة للوفاء بتعهده في النقل .

فليس تلف أو فقد الشيء المؤجر موجبًا لفسخ الإيجار على إطلاقه ، ولكنه يشترط أن يكون معينًا ، ولا يلزم المؤجر استحضار بدله كما سبق [2] .

(1) قاعدة : ينفسخ عقد الإيجار متى تلف أو ضاع الشيء المؤجر وكان معينًا في العقد .

(2) بينت المادة 569 مدني مصري انفساخ عقد الإجارة من تلقاء نفسه إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار . وهو ما نصت عليه المادة 751 عراقي والمادة 575 كويتي . ويتفق ذلك مع الفقه الإسلامي ؛ ففي المغني لابن قدامة أنه إذا وقعت الإجارة على عين فتلفت انفسخ العقد بتلفها 352/5 .

ولا تنفسخ الإجارة بتخلف رب الدابة في العقد على زمن غير معين ، فإن عين الزمن أو كانت تراد لزمن خاص أو لأمر محدد كالحج ، فبتخلف المكري عن الموعد المحدد انفسخت الإجارة .

ومالك دار أو جار يضر فسقه بجاره يزجر ويعاقب . فإن انتهى فبها ، وإلا أخرج وبيعت عليه أو أجرت .

وأما نزع ملكية العين المؤجرة فهو سبب قهري لفسخ الإجارة ؛ لأنه إذا كان ينزع الملكية قهرًا فمن باب أولى يفسخ عقد الإجارة .

وعقد الإيجار من العقود التي تنتقل للورثة ، فلا تفسخ بموت المؤجر ، ولا المستأجر إلا إذا كان المستأجر مرادًا لذاته في نفس العقد كخياط مثلًا أو حائك ، أو خطاط يراد هو في عقد الإيجار ، فبموته ينفسخ العقد . وإذا تعذر ركوب الراكب لموت ، أو مرض مثلًا ، لا تفسخ الإجارة ويلزمه أو وارثه الإتيان بالخلف أو دفع الأجرة .

وللمكتري فسخ عقد الإيجار إذا وجد العين المؤجرة بعينها بها عيب يضر به ، أو يمنع استيفاء المنفعة على الوجه المطلوب كحيوان عضود ، أو جموح ، أو أعشى ، أو كان دَبَرُه فاحشًا ، فإن كانت العين المؤجرة ليست معينة فلا تنفسخ الإجارة ، وعلى المؤجر (المكري) بدلها [(1)] .

واتفق علماء الأمصار على أن عقد الإيجار لازم ، ولا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . فلا تنفسخ الإجارة ببيع العين [(2)]

---

(1) لا خلاف بين فقهاء المذاهب في أنه إذا حدث في المعقود عليه عيب في مدة العقد ، وكان هذا العيب يخل بالانتفاع المقصود من العقد أن للمستأجر فسخ العقد ، حتى وإن سبق له الرضا بهذا العيب . انظر : البدائع 199/4 وحاشية الدسوقي 29/4 والمهذب 405/1 والمغني 30/6 .

(2) ذهب الأحناف والحنابلة والشافعية في الراجح إلى أنه لا تنفسخ الإجارة بالبيع ، ووافقهم المالكية عند انتفاء التهمة في مقصود المؤجر وغرضه من البيع . أما إذا لم تكن هناك تهمة فإن الإجارة تنفسخ عندهم بالبيع . وقد نصت المادة 646 من مرشد الحيران على أن « بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر ، فإن أجازه جاز ، وإن لم يجزه يبقى موقوفا إلى أن يسقط حق المستأجر » وكذلك نصت المادة 590 من المجلة العدلية على أنه « لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذا بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذا في حق المستأجر .. » وهو منصوص المادة 691 من القانون المدني الأردني . أما الحنابلة فقد أجازوا تصرف المؤجر في بيع المأجور ؛ ففي المادة 587 من مجلة الأحكام الشرعية أن « للمؤجر بيع العين المؤجرة من المستأجر أو غيره قبل حلول مدة الإجارة أو في أثنائها والأجرة من حين البيع للمشتري » .

المؤجرة ولا بتملكها للغير ، بل يستوفي المستأجر المنفعة حسب العقد .

وليس للمالك اشتراط جواز إخراج المستأجر من العين المؤجرة إذا باعها ، متى كانت المدة محددةً ، والأجر معجل مقدمًا ؛ لأن الأجر يتردد بين الثمنية والسلفية ، وهو ممنوع ، فإن كانت المدة غير محددة أو لم يكن الدفع معجلًا صح هذا الشرط ، وعمل به ، وكل مدة مضت يدفع إيجارها المستأجر .

وليس بلازم ثبوت تاريخ عقد الإيجار ويكفي في ذلك البينة .

إيجار الأطيان الزراعية :

واجب المالك للأرض المؤجرة تمكين المستأجر منها لينتفع على الوجه الأكمل مما استؤجرت الأرض له . ومتى تمكن المستأجر من الانتفاع ولو لم ينتفع وجب عليه أداء الأجر . وعدم الانتفاع يرجع إما لذات المستأجر ، كموت ، أو مرض ، أو حبس ، أو عدم قدرة على الزرع لفقر ، أو لعدم وجود بذر فلا تفسخ الإجارة . ولا كلام في وجوب دفع الأجر المتفق عليه كاملًا .

تلف الزرع :

تلف الزرع بآفة مما للأرض فيه مدخل كدودها وفأرها وعطشها ، وكان التلف كليًّا أو بقي منه القليل ، فلا يلزم المستأجر الكراء [1] . ولا يصح شرط نفي الحط عن المستأجر في مثل هذه الحالة . ويشترط مطالبته بعدم الدفع ؛ لأنه حكم لمصلحة المستأجر . ويلحق بالعطش الغرق متى جاء من طبيعة وجود الأرض منخفضة ، فإن كان التلف لجزء له بال جاز للمستأجر أن يقتطع من الأجر قيمة هذا التلف .

وإما لعدم إمكان وجود الزرع كأرض المطر ، إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها ، أو استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن من أن يزرعها ، فلا أجر على المستأجر [2] . والجوائح التي تصيب الزرع غير ما ذكر كدود القطن مثلًا ، أو ندوة

(1) إن تلف الزرع بآفة الأرض الناشئة منها كدودها ، أو فأرها ، أو عطش في أرض المطر لعدم نزوله عليه كعدم الري في النيل أو غرق للأرض قبل الإبان ، واستمر الغرق عليها حتى فات وقت ما تراد له ، فلا يلزمه الكراء . الشرح الصغير (324/3 ، 325) .

(2) وعند مالك أن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها ، أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ . وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة . بداية المجتهد (231/2) .

القمح ، أو دود البرسيم إلخ ، لا يحط بسببها شيء من الإيجار ؛ لأن المستأجر يمكنه مقاومته ، ولو لم يفعل فهو مقصر ولا شيء على المؤجر .

فعلم أن التشريع الإسلامي أرفق بالمستأجر من التشريع الوضعي في تلف أقل من النصف ، وفي التلف بما يأتي من الأرض ، وفي عدم قبول شرط المالك على المستأجر بنفي الرجوع في الجوائح إلخ فهو تشريع حق وعدل .

مدة الإجارة : يجب في الإجارة تعيين الأجر والمنفعة في القدر إما بغايتها كخياطة الثوب ، وإما بضرب الأجل كشهر أو سنة ، وإما بالزمان إن كان عملاً واستيفاء منفعة متصلة الوجود ككراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيًا ؛ ويصح استأجرت هذه الدار سنة بكذا ، أو شهرًا بكذا ولا يذكر أول الشهر ولا أول السنة ، وأول الوقت هو وقت عقد الإجارة ، ويجوز كراء الدار بكذا كل شهر دون تحديد المدة .

ومتى مضت المدة المحددة ، أو تم عمل المستأجر عليه انتهى الإيجار ، وعلى المستأجر ترك العين المستأجرة لمالكها ، والإجارة غير محددة المدة تكون فاسدة ، ففي إيجار المنزل مثلاً كل شهر بكذا دون تحديد المدة تكون وحدة الإيجار المعروفة مشاهرة ، فتكون صحيحة ، ولكن عدم تحديد المدة إطلاقًا يفسدها وفيها إيجار المثل .

وأما إيجار الشجر والزرع بدون مدة محددة فهي باطلة ، ويقضى فيها بأجر المثل .

وعلى المستأجر ترك ما يجري العرف بتركه للخلف من سباخ ، أو خلفة ، أو زريعة مثلاً . وأما مساكن العين المؤجرة فهي ملك لمالك العين . وما أحدثه المستأجر في العين المؤجرة من إصلاح بلا إذن المالك فهو متبرع ولا يأخذ ما أنفقه ، فإن أذن له أخذ قيمته قائمًا .

بند [69] المزارعة

القانون الفرنسي : هي نوع من الإيجار ، وهي أن يعطي واضع اليد على حقل هذه العين إلى مستأجر يزرعها مدة معينة على أن يقاسم المالك فيما يخرج منها من الزراعة ، وهو عقد إيجار مع شركة .

وعلى المؤجر تسليم العين المؤجرة وتعهد إصلاحها محليًا إلى المستأجر الذي يجب عليه الاستعمال بالرفق . وهو ضامن للحريق إلا إذا أثبت أنه قهر عنه ولا

طاقة له على منعه . وللمالك حق ملاحظة الاستغلال وإدارة العمل وتصريف الغلة ، ويبقى له حق الصيد برًّا وبحرًا .

وتقسم الثمرة مناصفة بين المالك والمزارع إلا لشرط آخر فيعمل به ، ولو فقد أو تلف بعض المحصول فعلى الطرفين حسب نصيبهما . ولكل منهما طلب الحساب كل سنة ، وعند الاختلاف يفصل قاضي الصلح .

موت المؤجر لا يؤثر على عقد إيجار المزارعة ، ولكن موت المستأجر يفسخ عقد المزارعة ، ويُتبَّع العرف في نهاية العقد في المزروعات حسب العادة في مثل ذلك .

ويُفْسَخ العقد بفقد العين المستغلة كلًّا أو بعضًا إن امتنع المالك عن الإصلاح أو التعويض . ولكل واحد منهما طلب الفسخ إذا قصر الطرف الآخر في واجباته [1] .

بند [70] المزارعة

التشريع الإسلامي : هي الشركة في الزرع مدة معينة زرعة أو فصلًا من فصول السنة الزراعية على أن يتقاسما ما يخرج . وهو عقد يشتمل على شركة عمل وإجارة ؛ لأن الأرض لواحد ، فما يقابلها أجر ، والعمل بينهما في شركة عمل . ومقتضى المزارعة مفاعلة من الجانبين ، فمن غلَّب الشركة يقول : إنها عقد غير لازم بالعقد ؛ لأن عقد شركة العمل يلزم بالعمل ، فما دام لم يحصل عمل في المزارعة فالمتعاقدان في حل من تعاقدهما ، وخصوا العمل بالبذر . ومن غلَّب الإجارة ألزمها بالعقد فبمجرد العقد لزمت المزارعة ؛ وتعين على كل متعاقد القيام بما تعهد به من جانبه وعلى هذا يجوز التفاضل في الأنصبة . وقيل : إنها تلزم بالعقد إذا انضم إليه عمل أيًّا كان [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1763 إلى 1778 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 88 : 92 .

(2) يقول الدردير : « المزارعة هي الشركة في الزرع ، ويقال الشركة في الحرث ، وبه عبر اللخمي ، وعقدها غير لازم قبل البذر ونحوه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 197 ، والكافي لابن عبد البر ص 379 . وقد تناولت المادة 619 من القانون المدني المصري والمادة 618 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة مفهوم المزارعة ، وبينتا جواز إعطاء الأرض الزراعية والحدائق مزارعة للمستأجر مقابل أخذ المؤجر نسبة معينة من المحصول . وهو ما تناولته المواد 805 عراقي ، 712 مدني أردني ، 626 كويتي . ويتفق هذا مع أحكام المزارعة في الفقه الإسلامي بوجه العموم ، ففي المادة 1431 من المجلة العدلية أن « المزارعة نوع شركة على كون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر ... » والحاصلات تقسم بينهما . وهو منصوص المادة 695 من مرشد الحيران .

وقد جزم العلامة ابن الماجشون [1] والإمام سحنون [2] بلزوم المزارعة بالعقد، وهو قول ابن كنانة [3] وابن القاسم في كتاب ابن سحنون، ويشترط في صحة عقد المزارعة ما يأتي :

أولًا : أن يَسْلم المتعاقدان من كراء الأرض بما يخرج منها بأن لا تقع الأرض أو بعضها في مقابلة بذر أو طعام أو ما تنبته، فكراء الأرض بذهب أو فضة نقدًا مثلًا أو بعرض أو حيوان جائز، وكراؤها بطعام - ولو لم تنبته كعسل أو بما أنبتته ولو غير طعام كقطن وكتان مثلًا - ممنوع وتكون مزارعة فاسدة، وقد جرى على هذا غالب علماء المالكية.

وقال الداودي [4]، ويحيى بن يحيى [5]، والأصيلي [6] من علماء المالكية أيضًا :

---

(1) ابن الماجشون : هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون، القرشي، مفتي المدينة وعالمها، أخذ عن أبيه وعن مالك وغيرهما، وبه تفقه أئمة كابن حبيب وسحنون، له كتاب كبير في الفقه باسمه، توفي سنة 212 هـ على الأشهر. شجرة النور الزكية ص 56.

(2) سحنون : هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة، بن عبد الله التنوخي، الإمام العلامة فقيه المغرب، أبو سعيد، الحمصي الأصل، المغربي القيرواني المالكي. قاضي القيروان، وصاحب «المدونة» ويلقب بسحنون. وعن يونس بن عبد الأعلى قال : سحنون سيد أهل المغرب. قيل : كان إذا قرئت عليه «مغازي» ابن وهب تسيل دموعه. وقال عيسى بن مسكين : سحنون راهب هذه الأمة، ولم يكن بين مالك وسحنون أحد أفقه من سحنون. توفي سحنون في شهر رجب سنة أربعين ومائتين، وله ثمانون سنة، وخلفه ولده محمد. انظر : الذهبي في «العبر» 34/2، الذهبي في «الأعلام» 70/10.

(3) ابن كنانة : هو أحمد بن عبد الله بن عبد الرحيم بن كنانة، أبو عمرو، ويعرف أيضًا بابن العنان، ولد سنة تسع وتسعين ومائتين. سمع من : أحمد بن خالد، وابن أيمن. وحدث عنه : محمد بن السليم القاضي في حياته. توفي سنة ثلاث وثمانين وثلاثمائة. سير أعلام النبلاء 466/12، 467. تاريخ علماء الأندلس 56/1.

(4) هو أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي الطرابلسي الفقيه المالكي، لم يتفقه في أكثر علمه على إمام مشهور وإنما واصل بإدراكه وذكائه، له شرح على الموطأ، وله الواعي في الفقه، والنصيحة في شروح البخاري وغيرهم توفي سنة 440 هـ وقبره عند باب العقبة. شجرة النور الزكية ص 110 رقم 293.

(5) هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير القرطبي الإمام الثبت رئيس علماء الأندلس وفقيهها وكبيرها سمع الموطأ من مالك وروايته أشهر الروايات، وسمع ابن وهب وابن القاسم وابن عيينة وغيرهم وحدث عنه أبناؤه وابن حبيب وابن مزين، توفي سنة 234 هـ. شجرة النور الزكية ص 46، 64.

(6) هو القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي، رئيس علماء الأندلس، حج سنة 353 ولقي أبا زيد المروزي وسمع منه البخاري وسمع من أبي أحمد الجرجاني وأبي القاسم، ألف كتاب الدلائل إلى أمهات المسائل شرح به الموطأ ذاكرًا فيه خلاف مالك وأبي حنيفة والشافعي توفي سنة 392 هـ. شجرة النور الزكية ص 100 رقم 251.

إن كراء الأرض بما يخرج منها جائز ، وعلى هذا فشرط خلو المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها لا محل له .

ثانيًا : أن يقابل الأرض مساو لكرائها على قدر الربح الواقع بينهما كأن تكون أجرة الأرض مائة والدواب والعمل خمسين ، ودخلا على أن لرب الأرض الثلثين ، ولرب الدواب والعمل الثلث ، أو يكون أجرة العمل والدواب مائة ودخلا على النصف فتجوز في الصورتين .

ثالثًا : أن يتساويا في الربح بأن يأخذ كل منهما من الربح بقدر ما أخرج كما سبق في ثانيًا ، إلا أن يتبرع أحدهما للآخر بشيء من الربح من غير وعد ولا عادة بعد لزوم العقد فذاك جائز [1] .

والمزارعة كالإجارة في وجوب تسليم العين محل المزارعة على القول بلزومها بمجرد عقدها ، وعلى وجوب الاستغلال في حدود المعقول والمعمول به عرفًا ، وفي وجوب المحافظة على العين محل المزارعة وردها كما استلمها بعد نهاية المزارعة . وإصلاح ما كان خاصًا بالزرع على المزارع حسب العرف والعادة . وإصلاح ما كان لازمًا للعين المزروعة ويبقى ثابتًا بها بعد المزارعة كبئر للري وإنشاء مصرف جديد مثلًا فهي على المالك .

وحكمها في الضمان حكم المستأجر في غير المزارعة ؛ فالأجير أمين ما لم يتعد [2] إلخ ما ذُكِر مفصلًا في باب الإجارة ولا لزوم للإعادة . وقد سبق أيضًا شرح مسألة

(1) المزارعة أو المخابرة (من الخبار ، وهي الأرض الرخوة اللينة) هي العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها من الحاصلات . وقد اختلف الفقهاء في حكمها ؛ فلم يجزها أبو حنيفة وزفر والشافعي ، ويستندون إلى ما روي من نهيه ﷺ عن المخابرة (نيل الأوطار 275/5 وما بعدها) . وذهب أبو يوسف ومحمد ومالك وأحمد وداود الظاهري إلى أن المزارعة جائزة . البدائع 176/6 وكشاف القناع 538/3 وما بعدها والشرح الكبير 372/3 . وقد اشترط فيها كثير من المالكية من الشروط ما يؤدي إلى المنع منها ؛ ففي القوانين الفقهية ص 295 أن المزارعة تجوز عند ابن القاسم بشرطين ، أحدهما تكافؤ الشريكين في الربح والآخر السلامة من كراء الأرض بما تنبت ، ولكن أجازها قوم ، وإن وقع فيها كراء الأرض بما تنبت . وقد روي عن مالك جواز كراء الأرض بالنقود ، أما بالخارج منها وهو المزارعة فلا يجوز . شرح الزرقاني 374/3 وما بعدها . ومن هذا يتضح أن أبا حنيفة ومالكا وجمهورا كبيرا من الفقهاء الباكرين لم يروا صحة المزارعة . ولعلها لم تكن منتشرة في العمل في القرنين الأولين ، ثم انتشر العمل بها بعد ذلك ، ولذا اتجه جمهور الفقهاء إلى قبولها وتصحيح العمل بها .

(2) المستأجر لشيء من حيوان ، أو عرض وكذا الأجير كالراعي أمين فلا ضمان عليه ما لم يتعد في فعله ، أو سَوْقه الدابة ، فإنه يضمن لتعديه . الشرح الصغير (312/3) .

الحريق فارجع إليها إن شئت [1] .

وللمالك حق التدخل في المزارعة إذا أهمل المزارع فيعمل على حسابه ويحتسب الأجر عليه ، ويقسم الزرع كما تقدم في الشرط الثاني والثالث . ونقص المحصول وزيادته على الطرفين ؛ لأن المزارعة أخذ جزء من الناتج غير مقدر بكمية ، وإنما الربع أو النصف .

المزارعة عقد ككل العقود لازم [2] بالاتفاق بعد العمل بالبذر ، ولكنه يشبه من ناحية أخرى عقد العمل . فإن كان العامل مرادًا لذاته في المزارعة لكثرة تجاربه ومرانه وأنه اختير لذاته فإن العقد يبطل بوفاته . وإن كانت أقرب للإجارة منها لعقد العمل ، بأن كان الزارع عاديًّا لم يُخْتَر لمعنى في فنه وفي تجاربه في الزارعة مثلًا ، فلا يبطل عقد المزارعة بوفاته ، بل يحل محله ورثته . وهذا المعنى يتحقق في المزارعة في الحدائق والبساتين وزراعة الخضار والمقاثي [3] ، فهذا المزارع يختار لمعنى خاص فيبطل العقد بوفاته . ويتحقق في مزارع للزرع كالذرة والقمح والشعير والأرز مثلًا ، فهذا المزارع عام يحل محله ورثته ، ولا يبطل العقد بوفاته [4] .

وتنتهي المزارعة بنهاية المدة إن كانت محددة بنهاية ، فإن كانت بالزرعة الواحدة فتنتهي بنهايتها ، فإن قصّر أحدهما فيما لا يمكن أن تتحقق معه المزارعة جاز للمتضرر الفسخ ، ويتبع العرف في ذلك فهو محكم .

بند [71] الحكر

القانون الفرنسي :

الحكر : هو اتفاق يقبل فيه أحد الطرفين مقابل عوض من طبيعته تحسين العقار مع

(1) أوضحت المادة 620 مدني مصري و 627 كويتي أن أحكام الإجارة تسري على المزارعة .

(2) المزارعة عقد غير لازم عند الأحناف لأنها من قبيل المشاركات ، أما المالكية فذهبوا إلى لزومها بإلقاء البذر في الأرض ، لأن الشركات تلزم بالصيغة . وقد اتجه الفقه أخيرا إلى القول بلزوم المزارعة والمساقاة ، وهو ما بينته المادة 717 من مرشد الحيران بالنسبة للمساقاة ، ونصها : « عقد المساقاة لازم من الجانبين ، فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا الآخر إلا بعذر ، ويجبر المساقي على العمل إلا من عذر » .

(3) المقاثي : قثأ القِثأ والقُثأ بكسر القاف وضمها معروف وأرض مقثأة ومقثؤة كثيرة القثاء والمقثاء موضع القثاء وقد اقتثأت الأرض إذا كانت كثيرة القثاء . وفي الصحاح القثاء الخيار والواحده قثأة . لسان العرب : مادة قثأ ص 3533 .

(4) يقول الدردير : « ولزمت بالبذر ونحوه والبذر إلقاء الحب في الأرض لينبت ، ومثل البذر وضع الزريعة بالأرض مما لابذر لحبه كالبصل والقصب وهذا هو المراد بنحوه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 197 .

الالتزام بإعطاء حق عيني عقاري خاص لمدة أقلها 18 ثمانية عشر عامًا ، ولا تزيد عن 99 سنة مع منح المستأجر حق الاستعمال والاستغلال أزيد من الإيجار المعتاد .

صفات عقد الحكر القانوني :

ترجع صفات عقد الحكر إلى أربعة أصول :

أولًا : مدة عقد الحكر : يجب أن لا تقل عن 18 ثمانية عشر عامًا ، ولا تزيد عن تسعة وتسعين سنة .

ثانيا : على المستأجر إجراء إصلاحات الحكر الضرورية وغير الضرورية ، بل وبناؤه وتحسينه بغير إمكان مطالبة المؤجر بأي تعويض عند نهاية الأجل .

ثالثًا : قلة قيمة الإيجار التي يدفعها المستأجر .

رابعًا : مراعاة إعطاء المستأجر حقًّا لاستغلال العين المحكرة ، بحيث يمكنه أن يتصرف بحرية تامة حتى في إقامة آلات ومعامل يصح له رهنها .

ويجب فيمن يعقد حكرًا أن يمكنه التمليك قانونًا ، فإن كان قاصرًا أو محجورًا عليه فلوصيه أو وليه ذلك بعد إذن مجلس العائلة والتصديق من المحكمة ، وللزوج الذي دفعت له زوجته مهرًا أن يعقد ذلك أيضًا في عقار المهر مع إذن زوجته وتصديق المحكمة .

واجبات المحتكر (المستأجر) :

يجب عليه دفع العوض المشترط وتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في عقد الحكر ، وهو ملزم بالإصلاحات أيًّا كان نوعها . لكن إذا هُدِم العقار بقوة قاهرة فلا يلزمه إعادة بنائه ، ولا يمكن للمستأجر التخلص من التزاماته بتركه للعين المؤجرة .

فإن لم يدفع الإيجار لمدة سنتين متتابعتين فللمؤجر طلب فسخ العقد . وليس للمستأجر طلب تخفيض الإيجار المتفق عليه لأي سبب كان ، حتى إذا تلف بعض العين المحتكرة أو تلف الزرع كلاً أو بعضًا .

وحق المستأجر المحتكر حق عيني يجوز له رهنه كحق المنتفع ويجوز له أن ينتفع بكافة أنواع الاستغلال ، لكن لا يغير طبيعة العين المحتكرة بما يقلل من الانتفاع بها . ويمكنه ترتيب حق الارتفاق للعين المحتكرة لها وعليها مدة عقد الحكر بشرط إخطار المالك ، كما أن له حق الانتفاع بالتوابع للعين المحتكرة وكذا الصيد برًّا وبحرًا .

بند [72] الحكر

التشريع الإسلامي : الحكر [1] في التشريع الإسلامي يختلف باختلاف مواطن وجوده ؛ ففي مذهب الإمام أبي حنيفة الحكر له باب خاص ، وله أحكام كثيرة ؛ لأن بلاد المذهب كان بها الحكر من أنواع العقود المتعارفة . وفي مذهب الإمام مالك الحكر نوع من الإجارة لا أكثر ولا أقل فقط يختلف بطول مدته ، فأحكامه والتزاماته كأحكام الإجارة والتزاماتها كذلك فلا داعي للإعادة فارجع إليه إن شئت ، وعنه أُخِذ الحكر في التشريع الوضعي [2] .

بند [73] إيجار حفظ الماشية

القانون الفرنسي : هو عقد يعطي أحد الطرفين المتعاقدين محل تربية ماشية بما فيه من ماشية للطرف الآخر ليحفظها و يطعمها ويسقيها ويعتني بها بشروط يُتفق عليها بين الطرفين ، وهذا العقد فيه إيجار وشركة ، وهو ثلاثة أقسام :

أولًا : أن يشتركا فيما زاد من نتاج الماشية مناصفة ، ويختص المستأجر باللبن والسباخ الناتج من فضلاتها وشغل الماشية ، ويتحمل نصف الخسارة الجزئية ، ولا شيء عليه في التلف الكلي الناتج من حالة عرضية .

ثانيًا : أن يقدم كل من الطرفين النصف في الماشية لتكون الخسارة والمكسب بينهما مناصفة ، فيكون للمستأجر اللبن وشغل الدواب والفضلات .

ثالثًا : أن يعطي مالك الأرض إلى المستأجر أو المزارع الماشية بشرط أن يرد إليه ماشية بثمن هذه التي تسلمها عند نهاية العقد ، واللبن والشغل والنتاج يختص به المستأجر فقط .

---

(1) عرفت المادة 684 من مرشد الحيران الاستحكار والحكر بأنه « عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء أو للغراس أو لأحدهما » . أما المادة 1249 مدني أردني فقد جاء تعريفه فيها بأنه « عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقا عينيا يخوله الانتفاع بأرض موقوفة ، بإقامة مبان عليها أو استعمالها للغراس ، أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف لقاء أجر محدود » . وتناولت أحكام الحكر المواد 999 – 1015 من القانون المدني المصري . راجع بالنسبة للفقه الإسلامي حاشية ابن عابدين 391/3 وما بعدها ، 428 .

(2) انظر : البنود من 1800 إلى 1831 في الباب الرابع ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 96 : 102 .

بند [74] إيجار حفظ الماشية

التشريع الإسلامي : هذا النوع من الإيجار ليس موجودًا في عوائد البلاد وعلى فرض وجوده فهو غير جائز في بعضها ؛ لأن الأجر فيه مجهول .

ففي الصورة الأولى : وهي اشتراكهما في نتاج الماشية مناصفة واختصاص العامل باللبن والسباخ وشغل الماشية وتحمله نصف الخسارة تكون الإجارة فاسدة ؛ لأن النتاج مجهول فلا يعلم أتلد أم لا ؟ أيولد حيًّا أم ميتًا ؟ وكذا اللبن فهو مجهول قلة وكثرة ، وتحمُّل الخسارة في النصف لا يقابله شيء .

وهو من قبيل الشركة ، والشركة على هذا الوجه باطلة ؛ لأن هذا مقابل للعمل ، ويجب أن تكون الخسارة مقابلة للجزء المستحق للشريك في الشركة فمن يملك ربع الشركة يجب أن يتحمل ربع الخسارة وهكذا ، فهذا الوجه فاسد . فإن وقع فللأجير أجر مثله في عمله وما نتج عن الدواب من لبن وسباخ وشغل فهو لربها ، وعلى ربها الخسارة ، ولا شيء على الأجير إلا إن تعمد الإتلاف أو تسبب فيه . وقد سبق تفصيل ضمان الراعى في باب الإجارة ، وسيأتي في باب أجر العامل .

وفي الصورة الثانية : وهي الاشتراك مناصفة في الماشية والخسارة والمكسب على النصف ، وللمستأجر اللبن وشغل الدواب والفضلات فالشركة صحيحة ؛ لأن الشركة مناصفة في كل شيء ، واللبن والعمل والفضلات نظير أكل الدواب وهو صحيح ، وليس هذا من قبيل الإيجار ، وإنما هو شركة في الدواب .

وفي الصورة الثالثة : وهي إعطاء المستأجر ماشية بشرط أن يرد إلى المالك ماشية بثمن هذه التي استلمها عند نهاية العقد ، واللبن والشغل والنتاج والسباخ للمستأجر فالعمل صحيح . وليس هذا شركة ولا استئجارًا ، وإنما هو بيع بشرط ، فإن المالك حين إعطاء المستأجر الماشية يقومها فيعرف ثمنها ، وبذلك خرجت عن ملكه وأصبح ثمنها مضمونًا في ذمة المستأجر ، فلو هلكت أو ولدت أو زادت أو نقصت فتكون لحساب المستأجر ، ولا شأن للمالك بها . وقد تأجل دفع الثمن من المستأجر لمدة نهاية عقد الإيجار ، وهو شرط جائز . واشترط المالك على المستأجر أن يرد إليه بثمن هذه التي تسلمها ماشية أخرى هو شرط جائز ، بل هو توكيل له في شراء ماشية أخرى غير التي سلمها ، فهو عمل صحيح لا شيء فيه غير أنه بيع

بشرط من المالك ومن المستأجر وهو شرط جائز [1] .

بند [75] إيجار العمل

القانون الفرنسي : هو عقد يلتزم فيه أحد الطرفين عملًا محدودًا لصالح الشخص الآخر نظير أجر متفق عليه بينهما ، وهو قسمان :

الأول : أن يتعهد العامل بالعمل وبالمواد الأولية التي يصنع منها العمل ، فإن تلف العمل لأي سبب قبل التسليم فخسارته على العامل إلا إذا طالب الطرف الآخر بالاستلام فتأخر أو امتنع ، فعلى الممتنع تقع المسئولية .

الثاني : أن يتعهد العامل بالعمل فقط ، والمواد الأولية على الطرف الثاني . فإن تلف العمل فعلى المؤجر إلا إذا كان لخطأ الفاعل ، فإن تلف العمل قبل التسليم وقبل طلب تسليمه وفحصه بمعرفة المؤجر فليس للعامل أجر إلا إذا كان التلف لفساد المواد الأولية فله الأجر .

مسئولية متعهد الأشغال والمهندس :

متعهدو ومهندسو الأشغال ضامنون ما أتموا من عمل لمدة عشر سنوات من السقوط كلًا أو بعضًا متى كان السقوط أو الانهدام نتج عن خلل في العمل أو من الأرض . وهذا وإن خالف القاعدة العامة في نهاية ضمان العمل متى انتهى وسلم ، لكن هذا يبرره أن العيب لا يظهر بسرعة ومرور الزمن كفيل بذلك فقدر له عشر سنوات .

حق العمال قِبَل المالك :

العمال الذين استخدمهم المتعهد في العمل وتجمد لهم في ذمته أجر لهم الحق في رفع دعوى ضد المالك للحصول على أجورهم في الذي لهذا المتعهد من دين في ذمته ، وليس معناه أنهم نائبون عن المتعهد في رفع الدعوى قِبَل المالك ، بل لهم هذا الحق مباشرة منحة من القانون .

ويتلاشى عقد العمل بموت المتعهد والمهندس ، وعلى المالك دفع ثمن المواد التى استخدمت لمصلحته وأجر ما تم من العمل بالنسبة للباقي متى كان هذا في صالح المالك ، ويجوز دائمًا للمالك فسخ عقد إيجار العمل . وعليه إذن دفع كل ما دخل في العمل من

---

(1) انظر : البنود من 1779 إلى 1799 في الباب الثالث ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 92 : 96 .

مواد وتعويض المتعهد أو المهندس عن عمله وما كان يكسبه منه متى تم العمل .

إيجار الخدمة :

هو عقد فيه يضع شخص نشاطه وعمله لخدمة شخص آخر لمدة محدودة نظير مكافأة متفق عليها بينهما ، وهذه هي عقود العمال والخدم ، وسيكون البحث في النقطتين الآتيتين :

أولًا : حرية الطرفين في إبطال العقد : يجب ألاَّ يزيد عقد إيجار الخدمة عن سنة واحدة ، فما دامت السنة لم تنته فليس لأحد الطرفين فسخ العقد وحده من غير تعويض الطرف الآخر ، فإن اتفقا تم الفسخ . فإن مضت السنة بطل العقد من نفسه بدون تنبيه أو إنذار . فإن بقي العامل بعد ذلك بدون تجديد عقد كان عاملًا لمدة غير محدودة فيجوز له الخروج متى شاء ، وليس على المؤجر أي تعويض عن المدة الزائدة عن العقد متى لم يقبل المؤجر بقاءه عنده .

فإن كانت مدة الإيجار غير محددة جاز لكل طرف فسخ العقد بعد إعطاء الآخر مهلة تختلف حسب المهن والعمل والعادة ، فإن أخرجه بدون أجل فله طلب أجر الأيام التي حرمه منها مدة الأجل ما لم يكن خروج العامل ضروريًا اقتضاه سبب خطير .

فإن أخرجه بعد المهلة لكن لغير سبب حقيقي يدعو لإخراجه فللعامل طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بفقده المكان اللائق به . ولا يجوز قانونًا اشتراط أن العامل تنازل مقدمًا عن أي تعويض يطلبه ممن استخدمه ؛ لأن الغرض من القانون حماية العامل من أصحاب المال .

ثانيًا : إصابة العامل وقت العمل : رب العمل مسئول قانونًا عن إصابة العامل وقت العمل حتى ولو لم يتسبب في ذلك ، حتى ولو نتجت إصابة العامل عن إهماله نفسه إلا إذا تعمد إصابة نفسه ؛ فلا ضمان على رب العمل .

وتمتد مسئولية رب العمل في أمراض العمال الناتجة عن العمل في حالتين :

1 - المرض الناتج عن معدن الرصاص وما يتركب منه من مباشرة صنعه .

2 - المرض الناتج عن معدن الزئبق وما يتركب منه من مباشرة صنعه .

ويطبق هذا المبدأ على كل عامل يعمل في الفابريكات ومحلات الاستغلال

التجاري ، والصناعي ، والزراعي ، أيًّا كان نوعها ما عدا الخدم والموظفين والعمال الخارجين الذين لا يدخلون محل العمل كالبواب والحارس مثلًا .

التعويض مقدرًا بالقانون :

قدر القانون في العاهات الناتجة عن العمل ما يأتي :

عاهة مستديمة مع فقد أهلية العمل يستحق معاشًا يوازي $\frac{2}{3}$ أجرته السنوية .
عدم أهلية جزئية مستديمة يستحق له معاشًا $\frac{1}{2}$ ما أنقصته الإصابة من أجره .
وللعجز المؤقت يستحق تعويضًا يوميا يوازي $\frac{1}{2}$ أجره وقت الإصابة إذا زاد العجز المؤقت عن أربعة أيام يعني من اليوم الخامس . وإذا تبع الإصابة الوفاة لزم رب العمل معاش لزوجة العامل وأولاده ، كما يلزمه أجر الطبيب وثمن الدواء وتجهيز ودفن المتوفى .

ضمان دفع التعويض :

دفع التعويض في الإصابة المؤقتة وثمن الدواء وأجر الطبيب مضمون بامتياز عام على جميع أملاك رب العمل . أما دفع التعويض عند الإصابة الدائمة أو الوفاة فإن المختص بالدفع الخزانة العامة لمعاش العجزة نظير ما يستقطع من أجر العامل أو من رب العمل شهريًّا حسب القانون .

بند [76] إيجار العمل

التشريع الإسلامي : هو عقد يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل نظير أجر .

والفرق بين الأجير والصانع أن بائع منفعة يده إن كان لا يحوز ما فيه عمله كالبناء والنجار فهو أجير ، وإن كان يحوزه فإن كان لم يخرج فيه شيئًا كالخياط والحداد والصائغ فصانع ، وإن كان يخرج فيه شيئًا من عنده كالصباغ فبائع صانع . وليس للأجير والصانع أجر إلا بعد التمام إلا لعرف أو شرط فيعمل به .

والأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ، ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن الإمام مالكًا ضمَّنَهم ما هلك عندهم إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه (1) .

(1) يقول ابن عبد البر في باب تضمين الأجراء والصناع : « لا ضمان على صاحب الحمام ويحلف في مقطع الحق =

والصناع يضمنون ما هلك عندهم ، وكذا يضمن المشترك ومن عمل بأجر . ويضمن الصناع كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع في المصنوع متى عمله في حانوته ولو بحضور صاحبه [1] .

وأجير الصانع لا ضمان عليه كان يعمل في حضرة صانعه أم لا . وعدم ضمانه للصانع ولا لرب الشيء المصنوع ؛ لأنه أمين للصانع ما لم يفرط . وقيل يضمن الأجير للصانع إذا غاب بالشيء المصنوع .

ويشترط في ضمان الصانع :

1 - أن ينصب نفسه لعموم الناس ، فلا ضمان على أجير خاص .

2 - أن يغيب عليها فيصنعها بغير حضور ربها وبغير بيته ، وإلا فلا ضمان عليه فيما نشأ من غير فعله كسرقة أو حريق بلا تفريط منه [2] .

3 - أن يكون المصنوع مما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه .

ولو شرط الصانع نفي الضمان في حالة وجوبه فلا يعمل بالشرط وهو ضامن . وتفسد الإجارة بهذا الشرط .

ولو دعا الصانع رب السلعة لأخذها بعد فراغه من صنعته فتباطأ فادعى الضياع أو التلف فيضمن . قال ابن عرفة : « إن لم يقبض الصانع أجرته ، فإن قبضها صار بعد الفراغ وطلبه الأخذ وديعة فلا يضمن إلا أن تقوم بينة بإتلافه ، فإن تلف بلا تفريط فلا ضمان فتسقط الأجرة ؛ لأنه لا يستحقها إلا بتسليمه لربها ، فإن أحضرها الصانع

= بالله الذي لا إله إلا هو أنه ما خان ولادلس ولا فرط في الحرز ولا ضيع . . ولا ضمان على أجير ولا مستأجر إلا ما جنت أيديهما أو ضيعا أو تعديا كسائر الأمناء » ، وذهب مالك إلى تضمين من حمل القوت من الطعام .. ومن ذلك الطحان في الأرحاء يضمن ما انفرد بنقله .. « الكافي ص 375 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 312 .

(1) يقول ابن عبد البر : « وأما الصناع فضامنون لكل ما ضاع عندهم فيما يعتبرون عليه ، ولا يقبل قولهم في هلاك شيء مما قبضوه واستعملوا فيه إذا انفردوا به ، ولم يكن في منزل صاحبه ، ويضمنون ما أصابه من حرق أو فساد » . الكافي ص 376 . الشرح الصغير جـ 3 ص 312 .

(2) يقول الدردير : « وإنما يضمن الصانع مصنوعه بشرطين :

1 - إن نصب نفسه للصنعة للناس احترازًا عن الأجير لشخص خاص أو جماعة مخصوصين فلا ضمان عليه .

2 - وغاب الصانع عليه أي على الشيء المصنوع .

الشرح الصغير جـ 3 ص 314 .

مصنوعة حسب شرطهما ودعاه لأخذها فتركها عنده فادعى الضياع فلا ضمان عليه ؛ لأنه صار أمينًا إن كان دفع الأجرة وإلا كان رهنًا فيها فحكمه حكم المرتهن .

وعلى هذا فلو تعهد العامل بالعمل والمواد الأولية وتلف العمل قبل التسليم فضمانه من العامل إلا إذا طلبه للتسليم فتأخر أو امتنع ، وكان العمل مستوفيًا ما اتفقا عليه .

وإن تعهد بالعمل فقط : فإن تلف العمل فعلى صاحب العمل إلا إذا كان التلف بسبب العامل .

ويُعْمَل بالعُرف في تعهد العامل بضمان العمل مدة من الزمن . فمثلًا بناء المنازل والدور والحوانيت ضمانه أكثر مدة من صنع السلعة التي يتسارع إليها البلى ، فقول أهل الخبرة هو الفصل في تقدير المدة المتعين فيها ضمان الصانع .

حق العمال قِبَل المالك : هذا الحق ثابت للعمال من قبيل حق ما للمدين لدى الغير ، فيجوز للعمال مقاضاة مدين مدينهم للحصول على حقهم منه . وعليهم إثبات أن مدينهم يداين المالك وأنهم يداينون هذا المدين .

والحارس لا ضمان عليه في الدار أو البستان أو الطعام أو الثياب أو غيرها ؛ لأنه أمين إلا أن يتعدى أو يفرط . ولا عبرة بما كتب أو شرط على الخفراء في الحارات وكذا الرعاة . واستحسن بعضهم تضمين الحراس والخفراء والرعاة نظرًا لكونه من المصالح العامة [1] .

ومتى كان العامل مقصودًا في عقد العمل فإن العقد يتلاشى وتنفسخ الإجارة بوفاته ، وإن كان العامل غير مقصود بالذات في العمل فعلى ورثته القيام بما تعهد به من عمل قبل وفاته .

وعقد إيجار العمل يلزم بالعقد ويتأكد بالبدء في العمل ، فإن امتنع العامل فلا أجر له إلا إذا أتم ما تعاقد عليه . وإن امتنع صاحب العمل فعليه أجر العامل فيما صنع وما لم يصنع ؛ لأن عدم الاستيفاء جاء من جانب صاحب العمل . فإن اتفقا على الفسخ وكان ما صنع لا يتم به العمل فلا أجر للعامل ، وإلا وجب له بقدر عمله .

إيجار الخدمة :

وهو من قبيل إيجار منفعة شخص نظير أجر . غير أن أجير الصناعة يعمل شيئًا

---

(1) يقول الدردير : « حارس الدار ، أو البستان ، أو الزرع ، أو حارس طعام ، أو عرض لا ضمان عليه ؛ لأنه أمين » . الشرح الصغير جـ 3 ص 313 .

غير الخدمة وأجير الخدمة خاص بها . ويجب أن تكون مدة الخدمة معينة ولو بنوعها ككل شهر بكذا أو كل سنة مثلًا ، وأن يكون الأجر معينًا ولو في الجملة كاستئجار خادم بأكله وكسوته مثلًا . فإن ظهر أكولا فللمستأجر الفسخ ما لم يرض الخادم بالوسط وكسوته تكون بالوسط أيضًا .

ومتى تم العقد وكان مستوفيًا شروط العقود لزم كل واحد من الطرفين الوفاء بما التزم به للآخر . وبما أن الأجر نظير الخدمة فليس لأحدهما الفسخ منفردًا . ويدفع المخدوم أجر الخادم عن المدة التي قضاها في الخدمة ، وليس في التشريع الإسلامي تعويض إلا عن ضرر أصاب النفس أو المال . والخدمة ليست محددة بمدة معينة ، فيجوز استئجار خادم لمدة 15 عامًا ، وصبي قاصر من ولي أمره حتى يبلغ رشده .

فإن لم تحدد مدة الخدمة لا بالنوع ولا بالجنس كانت باطلة ، ويُعْطَى الخادم أجر المثل .

إصابة العامل وقت العمل :

رب العمل مسئول شرعًا عن إصابة العامل وقت العمل متى تسبب في ذلك ؛ لأن الضمان مقرون بالتعدي ولو في الجملة . فإن أهمل العامل فأصيب فلا ضمان على رب العمل . أما العمل في المعادن التي تسبب الضرر للعامل فيها فلا ضمان على صاحب العمل ؛ لأن قبول العامل العمل نظير أجره يجعله قابلًا ما يترتب على عمله من ضرر حال أو مستقبل ، ما لم ير ولي الأمر إحاطة العامل بضمان ضد إصابته من نفس المعدن كمعدن الرصاص أو الزئبق فيعمل بأمره ؛ لأن ذلك للمصلحة العامة [1] ؛ إذ فيه حفظ حياة العامل وصحته من عمل قد يودي بحياته ؛ فتفقد عائلته من يعولها بينما ينعم المالك بما اكتسب من عمل هذا العامل ، وهو ما يسمونه في عرف التشريع الحديث حقوق العمال أو لائحة المعادن والمناجم ، ففيها تشترط الجهة الحاكمة شروطًا صريحة لمصلحة العامل فيجب العمل والحكم بها .

ويجوز تقدير الضمان بأمر من الحاكم حتى لا تذهب أحكام القضاة مذاهب شتى في التقدير ، وعلى العموم فكل ما ذُكِر في هذا الباب من قبيل الأعمال الإدارية والنظم الاجتماعية لا يأباها التشريع الإسلامي بل يدعو إليها ، ويحض على العمل بها .

---

(1) يشير المؤلف إلى الضمان المبني على اعتبارات المصلحة العامة ، مما يعد تطورا جديدًا في فقه المسئولية المدنية . وأكثر تطبيقات هذا النوع من الضمان في إصابات العمال .

(نتيجة المقارنات من بند 59 إلى نهاية بند 76)

يتفق التشريعان فيما يأتي :

البيع الوفائي (الخيار) - مدة الخيار - إبطال العقد لوجود غبن فاحش - البيع بالمزاد - بيع الميراث - بيع الحق المتنازع فيه - الإيجار - دليل الإيجار - إيجار الشيء - التزامات المؤجر - مسألة الخسارة في العين المؤجرة - ضمان العين المؤجرة - التنازل عن عقد الإيجار - التأجير من الباطن - نهاية عقد الإيجار - أحكام خاصة بعقد إيجار الأطيان الزراعية - مدة الإجارة - المزارعة - الحكر - إيجار حفظ الماشية(في الجملة) - إيجار العمل - إيجار الخدمة .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

مدة الخيار - بعض صور حفظ الماشية .

بند [77]

الكتاب الثالث

العقود الصغيرة [1]

القانون الفرنسي : هذه العقود لا أهمية لها خاصة ، وإنما تذكر لبيانها بوجه عام ، وهي :

(1) البدل . (2) الشركة .

(3) القرض . (4) الوديعة .

(5) عقد الصدف والمقادير . (6) التوكيل .

(7) الصلح .

البدل في القانون الفرنسي :

وهو عقد به يعطي كل واحد من الطرفين شيئًا للآخر نظير ما يأخذه منه .

وهو يشبه عقد البيع ؛ لأنه إعطاء من الجانبين نظير عوض ، وهو عقد نهائي يضع البدل والمبدل منه في ملك كل طرف نهائيًا ؛ ويختلف عن البيع في أن البيع يقدم أحد الطرفين شيئًا ويقدم الآخر ثمنًا من النقد ؛ والبدل يقدم كل واحد من الطرفين عوضًا طبيعيًا لا نقدًا .

وشروط انعقاد البيع هي شروط انعقاد البدل فينتج من ذلك ما يأتي :

أولًا : البدل ينعقد كالبيع بإرادة المتعاقدين فقط بخلافها في القانون الروماني فلا ينعقد البدل إلا بالتسليم من كل من الطرفين ، فنص القانون الفرنسي على أن البدل ينعقد بإرادة المتبادلين بدون احتياج إلى التسليم في وجود حقيقة البدل .

ثانيًا : البدل لا يصح بملك الغير ، فلو علم أحد الطرفين أن ما تسلمه ليس ملك الطرف الآخر فلا يكون ملزمًا بتسليم البدل ، وإنما يرد ما استلمه الذي هو ملك الغير .

ثالثًا : إذا استحق البدل المسلم لأحد الطرفين للغير فللطرف الآخر الخيار ، إما أخذ ما سلمه بدلًا بفسخ عقد البدل ، وإما الرجوع عليه بتعويض .

---

(1) يلتفت إلى إطلاق هذا المصطلح غير المألوف في الدراسات القانونية والفقهية على مجموعة من العقود التي أصبح بعضها يكتسب أهمية كبيرة في العمل ، وقد لا تقل أهمية هذا البعض في العمل بها عن العقدين الأساسيين ، وهما البيع والإجارة . ومثال العقود ذات الأهمية المتزايدة في العصر الحديث الشركة والقرض والإيداع والتوكيل .

قواعد خاصة بالبدل :

1 - إلغاء العقد للغش لا يطبق في البدل .

2 - نفقات البدل تُقَسَّم مناصفة ؛ لأن كل واحد من الطرفين مشتر وبائع بخلاف البيع فهي على المشتري .

3 - عند الاختلاف في شرط غامض لا يفسر ضد واحد منهما كالبيع فيفسر ضد البائع ، وإنما يكون بينهما [1] .

بند [78] البدل

التشريع الإسلامي : وهو نوع من البيع ينطبق عليه تعريفه . وينفرد البدل فيما إذا كان الثمن والمثمن عينًا لا نقدًا كما إذا اشترى شخص أردبًا من القمح بأردب بذرة قطن مثلًا فهو بيع حقيقة ويتحقق فيه البدل . غير أن الفقهاء المتشرعين من المالكية عقدوا بابًا خاصًّا أسموه (باب المبادلة والمراطلة) وخصوه بنوع خاص .

فالمبادلة : هي بيع العين ذهبًا أو فضة بمثله كذلك عددًا إن تساويا عددًا ووزنًا بشرط المناجزة . وإن لم يتساويا فلا تجوز إلا بسبعة شروط : القلة في العدد ستة فأقل ، والعدد والزيادة في الوزن فقط ، والزيادة السدس فأقل في كل دينار أو درهم ، وكونه على وجه المعروف ، وكونه بلفظ البدل [2] .

والمراطلة : وهي عين من ذهب أو فضة بمثله وزنًا إما بصنجة أو كفتين [3] .

والمبادلة والمراطلة جائزة بلا نزاع .

ومتى كان البدل نوعًا من البيع فيكفي في انعقاده إرادة الطرفين ، ويصح وإن

(1) انظر : البنود من 1702 إلى 1707 في الكتاب السابع ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 576 .

(2) يقول الدردير : « المبادلة وهي بيع العين بمثله عددًا إن تساويا عددًا ووزنا ، وتجوز المبادلة في الذهب والفضة .. وشرط الجواز القلة ستة فأقل ، والعدد ، وأن تكون الزيادة في الوزن فقط ، وأن تكون الزيادة السدس فأقل في كل دينار على وجه المعروف وأن تكون بلفظ البدل لا البيع » . الشرح الصغير جـ 3 ص 20 .

(3) يقول الدردير : « والمراطلة عين بمثله وزنا بصنجة أو كفتين ولو لم يوزن » . الشرح الصغير جـ 3 ص 21 . وقد عرف بعض المالكية بيع المراطلة بأنه بيع النقد بصنفه وزنا وكان هناك اختلاف بين الذهبين في الجودة والرداءة . انظر : الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 680/4 ، وحاشية الدسوقي 45/3 .

معاطاة من الجانبين . وبدل ملك الغير موقوف على رضاء المالك وهو المعروف بتصرف الفضولي ، وقد تقدمت أحكام بيع الفضولي .

فإذا استحق البدل من أحد الطرفين صح له الرجوع في عين شيئه ما لم يتغير ويحصل فيه ما يفيته ، وقد تقدم مفوتات المبيع كتغير في الذات أو الثمن أو نقل إلخ فارجع إليه إن شئت ، فإن حصل مفوت رجع بالقيمة يوم البدل .

وإلغاء العقد في الغش يطبق في البدل مادام المبدل منه قائمًا لم يحصل له مفوت شرعًا وإلا رجع بالقيمة كما سبق أو بالمثل إن كان مثليًا ؛ لأن البدل قسم من البيع .

وسبق في البيع أن نفقة تسليم المبيع على البائع ونفقة تسليم الثمن على المشتري إلا لعرف أو شرط فيعمل به . وعند الاختلاف في شرط بينهما يرجع للعرف والعادة فيؤخذ بقول من أشبه بيمينه فالعادة والعرف محكمان .

بند [79] الشركة

القانون الفرنسي : وهي أن يتفق شخصان فأكثر على وضع شيء مشترك بينهما بقصد استغلاله وقسمة ما ينتج منه على الجميع .

وهي عقد إلزام لكل طرف نظير التزام الآخرين نظير عوض .

وتتفق الشركة والجمعية في أن كل واحدة منهما تتكون من عدة أشخاص يتفقون على تحصيل غرض واحد . لكن تختلف الشركة عن الجمعية في أن غرض أعضائها مقصد مالي فقط تنشد ربحًا ماليًا بخلاف الجمعية ، فهي تنشد نتائج أدبية أو سياسية أو علمية أو دينية .

وتنقسم الشركة إلى قسمين : شركة مدنية ، وشركة تجارية .

فالشركة التجارية نوعان :

1 - الشركات التي تكونت لعمل أعمال تجارية .

2 - الشركات التي تكونت لعمل أعمال مدنية ، وهما منظمتان بشكل جمعية مساهمة لتكون خاصة بالتجارة .

وينتج عن هذا التقسيم عمليًا ما يأتي :

أولًا : أن الشركات التجارية تتبع المحاكم التجارية والمدنية تتبع المحاكم المدنية .

ثانيًا : الشركات التجارية يصح أن يحكم بإفلاسها أو بتصفيتها قضائيًا بخلاف الشركات المدنية فلا تقع تحت هذين الحكمين .

تقسيم الشركات المدنية :

ذكر القانون نوعين من الشركات المدنية :

1 – الشركات العامة . 2 – الشركات الخاصة .

فالشركات العامة تظهر في شكلين :

1 – شركة الأملاك الحاضرة . 2 – شركة كل الأرباح .

فالأولى هي وضع جميع أملاك الشركاء الحاضرة من عقار ومنقول شركة وما ينتج عن ذلك ، والثانية هي وضع كل ما يكسبه أي شريك منهم في الشركة من صناعته في الشركة فيدخل فيها المنقول لكل شريك والربح أيًا كان نوعه ومن أي ناحية مدة عقد الشركة .

والشركات الخاصة : هي ما طبقت على شيء خاص من المشتركين في نوع خاص محدود ، أو كان خاصًا باستعمال هذه الأشياء أو بثمرتها .

القواعد المكونة للشركات .

تكوين أي شركة كانت يتطلب اجتماع ثلاثة شروط :

أولًا : ضرورة وضع شيء لصالح الشركة : يجب على كل شريك أن يضع تحت تصرف الشركة أي شيء يعود على وجودها بالمنفعة ، مبلغ من المال ، عقار ، محل تجارة ، اختراع ، نشاط وذكاء في العمل إلخ .

ثانيًا : ضرورة تحصيل مقصد مالي : يجب أن يكون مقصد الشركة فائدة مالية تسعى إلى تحصيلها ، فإن لم يكن هذا غرضها انتقلت إلى جمعية لا شركة . ويتعلق بهذا أيضًا الخسارة ، فكل شريك يجب أن يتحمل الخسارة كما يشارك في المكسب ، فإذا خلت شركة من تحمل شريك المكسب والخسارة فهي لاغية .

ثالثًا : ضرورة وجود نية تكوين شركة ، فلو أعطى رب العمل إلى عماله أو موظفيه نسبة مئوية من مكسب العمل فلا تكون هناك شركة ؛ لأن نية تكوين شركة غير موجودة .

شخصيات الشركات المدنية :

الشركات المدنية لها شخصية معنوية كالشركات التجارية . وينتج عن ذلك ما يأتي :

1 - أملاك الشركة ليست ملكًا للشركاء بل ملكًا للشركة نفسها . وليس للشركاء حق إلا في قسمة الربح والخسارة فقط ، ولهذا كانت حقوقهم معتبرة منقولة وإن كانت بعض أملاك الشركة عقارًا .

2 - دائنو الشركة يختصون بمقاضاة الشركة دون غيرهم من دائني الشركاء الذين لا يداينون الشركة نفسها .

3 - لا تعمل مقاصة بين دين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء الشخصي .

4 - تعلن الشركة أمام القضاء الذي يقع في دائرته مركزها العام ، وتعلن في شخص مديرها الذي يمثلها قانونًا .

إدارة الشركة :

تعرض للشركة في إدارتها ثلاثة أحوال :

أولًا : أن يكون مدير الشركة معينًا في عقد وجود الشركة ، هذا المدير غير قابل للعزل ؛ لأن وجود الشركة مربوط بوجوده لوجود تعيينه في نفس العقد ، ومع ذلك إذا أساء في إدارته جاز للقضاء منعه من الإدارة وتعيين بدله .

ثانيًا : أن يكون مدير الشركة معينًا بعد وجود الشركة فهو نائب ووكيل يمكن عزله وتعيين بدله بمعرفة الشركاء .

ثالثًا : إذا لم يعين أحد مديرًا ، فلكل واحد من الشركاء الإدارة وعمله نافذ على باقي الشركاء حتى من غير أخذ رضائهم ما لم يعارض أحد الشركاء في العمل الذي بدأه قبل إتمامه فلا ينفذ .

تعهدات الشركاء بالنسبة للغير :

الشركاء ليسوا مسئولين قبل الغير إلا في ثلاث مسائل :

أولًا : حينما يكون الشريك الذي تعاقد عنده تفويض من شركائه بالتعاقد عنهم .

ثانيًا : حينما يكون الشركاء قد ساهموا جميعًا في التعاقد مع الغير .

ثالثًا : حينما يكون التعاقد قد عاد على الشركة بفائدة اغتنمها الجميع .

ومعنى تحملهم المسئولية أنهم ليسوا ضامنين متضامنين فيما التزمت به الشركة ، وإنما كل واحد يتحمل قدر نصيبه في الشركة فقط بصفته شريكًا .

قسمة الربح والخسارة :

يمكن تقدير ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يحدد في عقد الشركة نصيب كل واحد في المكسب والخسارة ، فإن ذكر في العقد إعفاء شريك أو نصيب من الخسارة كانت الشركة لاغية ، وكذا إن خص واحد بالمكسب .

الثانية : أن يوكل لواحد من الشركاء أو لأجنبي توزيع المكسب والخسارة ، فعلى جميع الشركاء احترام عمله وتنفيذه ما لم يكن ظالمًا وغير مطابق لما وضع كل واحد في رأس مال الشركة ، فللمظلوم حق المعارضة في مدة ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بما فعل المحكم في القسمة .

الثالثة : عدم تحديد نصيب كل شريك : في هذه الحالة يوزع الربح والخسارة حسب نصيب كل واحد بما وضع في رأس مال الشركة ، ونصيب من قدم صناعته في المكسب والخسارة كأصغر نصيب للشركاء .

حل الشركة :

أسباب حل الشركة : حددها القانون المدني :

1 - الموت ، المنع من التصرف قانونًا ، التصفية القضائية ، إفلاس الشركة ؛ لأن الشخص معتبر في تكوين الشركة فما يؤثر عليه يؤثر على وجود الشركة .

2 - مضي الوقت الذي حدد لوجود الشركة (انتهاء مدة وجودها المحدد) .

3 - تحقيق الغرض الذي من أجله وُجِدَت الشركة .

4 - اتفاق جميع الشركاء على حل الشركة التي حدد لها وقت تنتهي فيه قبل وقتها المحدد .

5 - صدور قرار قضائي بحلها قبل مجيء وقتها المحدد لسبب خطير أو لعدم قيام أحد الشركاء بتعهداته ، أو حصول مرض أقعد أحدهم عن القيام بواجبه .

6 – إرادة شريك واحد لحلها ما دامت غير محددة الوقت بشرط إبلاغه إلى جميع الشركاء في وقت مناسب ونية حسنة .

تصفية الشركة المنحلة :

متى انحلت الشركة وجب تصفيتها لمعرفة ديونها فتدفع ، وأعيانها فتباع ، وأرباحها أو خسارتها فتوزع على الشركاء [1] .

بند [80] الشركة

التشريع الإسلامي : الشركة [2] في المال إذن من كل واحد من الشركاء للآخر في التصرف في مال لهم مع بقاء تصرف أنفسهم [3] .

والشركة عقد التزام بين شريكين أو أكثر تعهد كل شريك بأداء التزاماته نحو الآخرين نظير عوض كشركة المال وبلا عوض كشركة الأبدان [4] .

وقد نظر المشرع الإسلامي إلى الشركة التي تكون لغرض كسب المال فقسم الشركة حسب وجودها إلى خمسة أقسام ، وأعطى لكل قسم أحكامه الخاصة به :

---

(1) انظر : البنود من 1832 إلى 1873 في الكتاب التاسع ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 102 : 112 .

(2) يقول الدردير : « الشركة عقد مالكي مالين فأكثر من مالكين كثلاثة على التجر فيهما أي في المالين معا ».. الشرح الصغير جـ 3 ص 182 ، 186 ، وحاشية الدسوقي 348/3 .

(3) تناولت المادة 505 من القانون المدني المصري والمادة 477 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية تعريف الشركة ، ونص مادة القانون المدني المصري : « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخص أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال ، أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 169 .

(4) شركة الأبدان هي : عقد على عمل كخياطة ، أو حياكة بينهما ، والربح بينهما على حسب مالكل ، أو عمله بما يدل عرفا . الشرح الصغير (182/3) . واشترط المالكية في العمل موضوع شركة الأبدان أن يتحد كخياطين أو يتلازم ، بأن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر ، كأن يغوص أحدهما لطلب اللؤلؤ والثاني يمسك عليه ، واشترطوا كذلك أن يتساويا في العمل أو يتقاربا فيه . حاشية الدسوقي 361/3 . وقد أجاز هذه الشركة الحنفية والمالكية بالشروط المذكورة والحنابلة ، وأبطلها الشافعية والظاهرية والإمامية . انظر : البدائع 63/6 والمغني لابن قدامة 4/5 والبحر الزخار 94/4 والمدونة 42/12 ونهاية المحتاج 2/4 والمحلى 122/8 ، والمواد 1394 – 1397 من المجلة العدلية . وقد أشارت إلى هذه الشركة المادة 617 مدني أردني والمادة 682 عراقي .

أولًا – شركة المفاوضة : وهي شركة للتجارة برأس مال مدفوع من الطرفين أباح كل منهما التصرف لصاحبه ولو في نوع مما يتجران فيه ، وهذا النوع له أحكامه الخاصة به في كتاب الشركة في مذاهب الأئمة الأربعة (1) .

ثانيًا – شركة عنان : وهي أن يشترط كل واحد من الشركاء على الآخر عدم الاستقلال بالبيع والشراء والأخذ والإعطاء والكراء والاكتراء وغير ذلك مما تحتاج إليه التجارة ، فلو تصرف واحد منهما بدون إذن الآخر كان له رده .

وأما لو دخلا على أن لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر فهل هي مفاوضة فيمن أطلق له ، وعنان فيمن منع فهي صحيحة أو فاسدة ؟ خلاف في الجواز وعدمه (2) .

ثالثًا – شركة جبر (3) : وهي أن يجبر المشتري على الشركة مع الغير بالشروط الآتية :

أن يُشْتَرَى بسوقه ، وأن يُشْتَرَى للتجارة ، وأن تكون التجارة في البلد ، وأن يكون المشرَّك (بالفتح) حاضرًا في السوق وقت الشراء ، وأن يكون من تجار تلك السلعة التى بيعت بحضرته ، وأن لا يتكلم .

فإن قال المشتري لمن حضر من التجار : أنا لا أشارك أحدًا منكم ، ومن شاء فليزد فلا جبر عليه في الاشتراك ، ولا إن اشتراها لسفر أو قنية أو في بيته .

رابعًا : شركة عمل : وتُسمى شركة الأبدان ، وهي أن يشترك شخصان فأكثر في عمل واحد أو عمل متقارب متعاونين .

وهذه الشركة لا تلزم بالعقد بل بالعمل . وتجوز هذه الشركة بالشروط الآتية :

1 – إن اتحد العمل كخياطين ، أو تلازم بأن توقف عمل أحدهما على عمل الآخر كنسيج وتنسير ، وكصياد ومجدف إلخ .

---

(1) تكون الشركة مفاوضة إن أطلق كل واحد التصرف ، إذا لم يقيد بنوع تسمى مفاوضة عامة ، وإن خصت بنوع سميت مفاوضة خاصة . الشرخ الصغير (186/3) .

(2) يقول الدردير : « ثم الشركة قسمان : مفاوضة ، وعنان ، ويترتب على كل منهما أحكام ، فأشار إلى الأولى إن أطلقا أي كل واحد منهما التصرف وإن كان بنوع خاص فمفاوضة .. » . إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 186 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 254 ، 255 ، والكافي ص 390 ، 391 ، 392 .

(3) شركة الجبر ، هي الشركة التي تنعقد فيما يشتريه أحد تجار سلعة معينة ، فيكون بينهم إذا دل عمله على رضاه بهذه الشركة . وهو مفاد الشروط التي ذكرها المؤلف . انظر حاشية الدسوقي 60/3 .

2 - أن يتساويا في العمل والغلة بأن يأخذ كل واحد بقدر عمله من الربح . فإذا كان عمل أحدهما الثلثين والآخر الثلث لم يجز إلا فض الربح على قدر العمل .

3 - أن يحصل التعاون بينهما ولو بمكانين [1] .

وفي هذه الشركة (شركة الصنعة) ما يقبله أحد شريكي الصنعة يلزم الآخر عمله وضمانه ، ويؤخذ بذلك لو افترقا بشرط أن يقبله في حضور صاحبه أو غيبته القريبة كاليومين والثلاثة وإلا لم يلزمه ولم يضمن .

خامسًا - شركة ذمم [2] : وهو أن يشتركا في شراء شيء غير معين بلا مال أي بدين في ذمتهما على أن كلًا منهما حميل عن الآخر ، ثم يبيعاه والربح بينهما . فهذه الشركة غير جائزة لاشتمالها على عدة أصول ممنوعة ، فهي من قبيل تحمل عني وأتحمل عنك ، وهو ضمان بجعل وأسلفني وأسلفك وهو سلف جر نفعًا .

ولم يفرق التشريع الإسلامي في التقاضي بين التجارة وغيرها ، فالقاضي الواحد يحكم في المواد المدنية والتجارية على السواء ، على أنه لو خصص ولي الأمر قاضيًا لكل نوع لصح .

وشركة كل الأملاك الحاضرة جائزة متى كانت الأملاك معروفة مقدرة ومعلومة قيمة نسبتها للمجموع على أن يستحق كل واحد من الشركاء في الربح بنسبة ما قدم للشركة .

---

(1) تجوز الشركة في العمل عند المالكية بالشروط الآتية :

1 - إن اتحد العمل كخياطين ، لاخياط ، ونجار ، أو تلازم عملهما ، بأن كان أحدهما ينسج ، والثاني ينير ... والمراد بالتلازم توقف أحد العملين على الآخر .

2 - إن أخذ كل منهما من الربح بقدر عمله ، أي دخلا علي ذلك ولا يضر التبرع بعد العقد .

3 - إن حصل التعاون بينهما ، وإن بمكانين بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد صاحبه كخياطين في حانوتين يأخذ كل منهما ما بيد صاحبه .

4 - إن اشتركا في الآلة التي بها العمل كالفأس ، والقدوم إما بملك أو إجارة من غيرها . الشرح الصغير (191/3) . وهذا هو مذهب المالكية فيما سبقت الإشارة إليه . أما الأحناف والحنابلة فيجيزونها ، سواء اتحد العمل أو اختلف . وقد ذهب إلى بطلانها الشافعية والظاهرية والزيدية انظر ما سبق من مراجع .

(2) شركة الوجوه أو الذمم أو المفاليس شركة بلا رأس مال ، أو العمل والضمان هو رأس مالها ، وتتألف حصة كل شريك في هذا النوع من الشركة من هذا الضمان والعمل ، وقد تناولت حكمها المادتان 619 ، 620 مدني أردني والمواد 657 - 659 عراقي . ويوافق ذلك المواد 1399 - 1403 من المجلة العدلية .

فلو فرض اشتراك شخصين بما ملكا ، وكان أحدهما يملك أعيان تجارة مثلا قيمتها 200 جنيه ، وكان الآخر يملك منقولًا من أدوات أو دواب للحمل والجر مثلًا قيمتها 100 جنيه ؛ كان الربح مقسمًا على الثلث والثلثين .

وشركة كل الأرباح جائزة ، وهي أن يضع كل من الشركاء جميع ربحه من عمله في الشركة ، فهي شركة الأبدان ، وهي جائزة بالشروط السابقة من اتحاد العمل أو تلازمه وأن يتساووا في الربح على قدر العمل وأن يحصل التعاون بينهما .

وأما الآلة في مثل هذه الشركة فلا تدخل في الشركة إلا إذا كان منصوصًا عليها في الاتفاق على أن يكون لها نصيب في الربح . وفي جواز إخراج كل واحد آلة مساوية ، وفي جواز استئجاره من الآخر أو لابد من ملك وكراء تأويلان في الصحة وعدمها . والشركة كما تكون في أنواع متعددة تكون في نوع واحد .

القواعد المكونة لكل الشركات :

والمراد بالقواعد الأركان المكونة للشركة هي :

أولًا : وجود عاقدين أو أكثر يكونون من أهل التوكل والتوكيل وهو الحر البالغ الرشيد .

ثانيًا : الصيغة ، ولزمت بما يدل عرفًا على الشركة قولا كاشتركنا ، أو من جانب واحد ويرضى الآخر ، أو فعلًا كخلط المالين والتجر فيهما .

وقيل : الشركة عقد يلزم بالقول كسائر العقود والمعاوضات . وهو قول ابن القاسم ، وقال غيره إن الشركة لا تلزم إلا بخلط المالين (1) .

ثالثًا : وجود المعقود عليه ، وهو المحل المعبر عنه برأس مال الشركة ؛ فلو غاب نقداهما معًا منعت الشركة كما في التوضيح . ولو غاب نقد أحدهما كلًّا أو بعضًا جازت الشركة إن لم يبعد كاليومين ، وإن لم يتجر بالحاضر لحضوره . فإن بعدت الغيبة أكثر من يومين امتنعت الشركة ، وكذا تمنع إن قرب واتجر فالربح لما حصل

---

(1) لا يشترط صيغة معينة بل ما يحصل به الإذن ، والرضا من الجانبين .. وصحتها أن تقع من أهل التصرف ، وهو الحر البالغ الراشد الذي يصح منه التوكيل . الشرح الصغير (182/3 ، ومابعدها) . وفي حاشية الدسوقي 348/3 أن الشركة تلزم بمجرد التعبير عن الرضا بالقول أو بالفعل ، « ولا يحتاج لزيادة على القول المشهور ؛ فلو أراد أحدهما المفاصلة قبل الخلط وامتنع الآخر فالقول للممتنع حتى ينض المال بعد العمل » حاشية الدسوقي 348/3 .

به التجر ، وفي شركة الأبدان يقوم العمل محل رأس المال .

وتصح بذهبين أو ورقين (فضة) أو مختلفين اتفق صرفهما ، وبعين وعرض وبعرضين وتحسب بالقيمة يوم أحضرها [1] .

ويتبع وجود رأس المال المكسب والخسارة فيتحمل كل شريك مكسبًا وخسارة حسب نصيبه في رأس المال .

وأما ضرورة وجود نية تكوين الشركة فليس بلازم ؛ لأن النية كما تكون فعلية تكون ضمنية ، فإعطاء رب العمل إلى عماله أو موظفيه نسبة مئوية من مكسب العمل لا تكون شركة ؛ لأن نية الشركة منتفية حتى ضمنًا ، ولكن خلط المال والتجر فيه بالفعل فيه نية الاشتراك الضمنية ، لهذا كانت شركة .

شخصيات الشركات المعنوية :

الشركات لها شخصية معنوية [2] يعني شخصية قضائية تقاضي وتتقاضى في شخص وكيل الشركة وهو مديرها ، فهي ملزمة لأعضائها والمشتركين فيها بما التزمت ، وينتج عن ذلك :

أولًا : أن أملاك الشركة ملك للمشتركين كل حسب نصيبه ، وإن كانت الشركة تقاضي وتتقاضى ، ولكن في حدود التزام المشتركين كل حسب نصيبه فيقسم الربح بين الجميع كل حسب نصيبه وكذا الخسارة ، ومن يملك الربح يملك ما نتج عنه الربح وهو ملك الشركة .

---

(1) تصح بذهبين أي أخرج هذا ذهبا ، والآخر ذهبًا ، ولو اختلفت السكة ، أو ورقين بان أخرج هذا ورقا ، والآخر ورقًا مثله إن اتفقا أي الذهبان ، أو الورقان صرفا ، ووزنا ، وجودة أو رداءة . الشرح الصغير (183/3) .

(2) تتضمن التقنينات الحديثة نصوصا تتصل بالشخصيات الاعتبارية ، ولذا ثار التساؤل حديثا حول معرفة الفقه الإسلامي لمثل هذه الشخصيات . ويبدو من الإجابات المختلفة عن هذا التساؤل أن مفهوم فقهاء المذاهب للذمة وأهلية الوجوب لا يتسع للاعتراف بمثل هذه الشخصية المعنوية ، ولذا اتجه الكثير من الفقهاء إلى عدم صحة الهبة للوقف والمسجد والمستشفى ، لأن هذه الجهة لازمة لها فلا تملك ، أما الوصية فقد جازت ، لانصرافها إلى معنى الإنفاق . ومع هذا فإنهم كثيرا ما يقررون لهذه الجهات أحكاما تقتضي قدرتها على اكتساب الحقوق والمطالبة بالواجبات ، مما يبرر القول باعتراف الفقه الإسلامي بالشخصية المعنوية ، وقد نصت المادة 506 مدني مصري على اكتساب الشركة الشخصية القانونية بمجرد تكوينها ، وهو ما نصت عليه المادة 583 مدني أردني ، 627 سوري .

وأملاك الشركاء ليست معتبرة منقولة بل هي حسب طبيعتها في الشركة ، فالعقار غير منقول وأعيان التجارة منقولة مثلًا ؛ لأن الحكم على الشيء بمنقول وغير منقول راجع لطبيعة وجوده لا لاعتبارات أخرى إلا ما كان ملحقًا بالعقار أو بالمنقول كما سبق الإشارة لذلك في محله .

ثانيًا : دائنو الشركة يختصون أولًا بمقاضاة الشركة دون غيرهم ؛ لأنهم عاملوها على اعتبار أن مالها ضمان لديونهم فيختص دائنوها أولا بدينهم قبل الشركة . لكن لو فُرِض وأفلس أحد الشركاء في تجارة أخرى ولم يف ماله بديونه فلدائنيه أخذ نصيبه في الشركة حتى يتم سداد ديونهم . ولو فُرِض أيضًا أن أحد الشركاء أفلس والشركة أفلست اختص دائنو الشركة بمال الشركة ودائنو أحد الشركاء بماله . فإن وفَّى لكل منهما كان بها وإلا استوفى الدائنون من مال الشركة في نصيبه أو من ماله الخاص بما بقي لهم حسب نصيبه في الشركة .

ثالثًا : لا تعمل مقاصة بين دين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء الشخصي ؛ لأن شرط الشركة المدخول عليه أن لا يُقْضى دين الشركاء من رأس مال الشركة إلا إذا كانت الشركة مفاوضة فيكون الشريك هو المتصرف نفسه فتعمل معه مقاصة .

ولكن الظاهر من تصرفات الشريك المنصوص عليها أنه لا يعمل إلا في حدود مصلحة الشركة . فلو تصرف في غير مصلحة الشركة فلشريكه رد تصرفه ، ومعنى هذا أن المقاصة الودية لا تصح بغير إذن الشريك ، فإن حكم بها حاكم نفذت في نصيبه كما في الإفلاس المحكوم به فإن حصة الشريك المفلس تباع عليه ، وتُصَفى نفاذًا للحكم وسدادًا للدين .

ولكن المقاصة بين دين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء لا يجوز ؛ لأنه يتعين أولا إثبات مديونية الشركة بدين صحيح وهي تقاضي وتتقاضى ، ثم إثبات أن الشركة لا وفاء فيها لهذا الدين (يعنى أنها في حالة إفلاس) ثم معرفة نصيب هذا المدين في دين الشركة المذكور والرجوع به على الشريك المذكور ، وبذلك يكون دينًا شخصيًّا واجب السداد .

إعلان الشركة في مركزها العام يرجع إلى طرق التقاضي . فليس هذا من الأحكام الفقهية ، وتعلن وتقاضى في شخص وكيل الشركاء في غير المفاوضة ، وأما في المفاوضة فينوب أحد الشريكين عن الآخر في جميع أعمال الشركة حتى قيل : وللشريك أن يقر بدين في مال الشركة لمن لا يتهم عليه ويلزم شريكه إلخ .

إدارة الشركة :

إدارة الشركة [1] ترجع إلى صفتها الأساسية ، (مفاوضة وعنان وعمل إلخ) ، وذلك :

أولًا : شركة المفاوضة : وهي التي يكون لكل شريك حق التصرف ، فيصح انفراد أحدهما أو كليهما ، ولأحد الشريكين التبرع من مال الشركة إن خف أو كان للاستئلاف ، وله إعارة آلة [2] والتصدق بقليل ، وله دفع مال الشركة لغيره لمشتري بضاعة من بلد كذا ، وله أن يقارض إن اتسع المال في الإبضاع والقراض ، وأن يودع مال الشركة لعذر وإلا ضمن ، وله أن يشارك في شيء معين من مال الشركة أجنبيًا لا يعمل في الشركة ، وأن يقيل من البيع ، ويولي سلعة جرت للتجارة ويقبل المعيب وإن أبى الآخر في الجميع . وله أن يقر بدين في مال الشركة لمن لا يتهم عليه ويلزم شريكه ما أقر به ، وله أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه لا الشراء بالدين [3] ، فإن فعل خيّر الشريك بين القبول والرد فيكون الثمن على المشتري فقط .

ولا يجوز لأحد المتفاوضين أن يشارك شخصًا آخر أجنبيًّا مفاوضة إلا بإذن شريكه ولو في معين من مال الشركة .

ثانيًا : شركة العنان : وهي أن يشترط كل واحد على شريكه عدم الاستقلال بالبيع ، والشراء ، والأخذ ، والإعطاء ، والكراء ، والاكتراء وغير ذلك مما يحتاج إليه في التجارة ، فلو تصرف واحد منهم بدون إذن الآخر كان له رده .

---

(1) أوضحت المادة 521 مدني مصري أن « 1 – على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفا للغرض الذي أنشئت لتحقيقه . 2 – وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدبا للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد » . وهو ما تناولته المادة 597 مدني أردني والمادة 495 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمادة 641 عراقي ، والمادة 1350 من المجلة العدلية .

(2) لأحد المتفاوضين التبرع في مال الشركة بغير إذن شريكه بشيء كهبة إن استألف بالتبرع قلوب الناس للتجارة أو خف المتبرع به كإعارة آلة كحبل ، ودلو ، وإناء . الشرح الصغير (186/3) .

(3) ولأحد المتفاوضين أن يشارك في شيء معين أجنبيا حيث لا تجول يده في مال الشركة ، وأن يقبل المعيب إذا باعه هو أو شريكه ثم رد بالعيب ، وإن أبى الآخر ، وله أن يقر بدين عليه من مال الشركة لمن لا يتهم به ، ويلزم شريكه الآخر لمن لا يتهم عليه ، كابن ، وزوجة وصديق ملاطف ، فلا يلزم صاحبه ، وله أن يبيع سلعة من مال الشركة بدين أي بثمن لأجل معلوم ولايجوز له الشراء بالدين . الشرح الصغير (186/3) .

ثالثًا : شركة العمل : (شركة الأبدان)[1] ، وهي أن يتفق عاملان رأس مالهما العمل على أن يعملا والربح بينهما . ومتى استوفت هذه الشركة شروطها - وهي اتحاد العمل أو تقاربه ، وتساويهما فيه ، وحصول التعاون بينهما - لزم الشريك ما قبله شريكه ، ولزمه العمل معه ، وتحمل معه في ضمانه إن ادعى تلفه ، ولو حصل التلف بعد المفاصلة بينهما .

ومحل لزوم الضمان والعمل فيما قبله الشريك لشريكه إذا قبله في حضور صاحبه أو غيبته القريبة كاليومين والثلاثة ، وإلا لم يلزمه ولم يضمن .

فإن عمل أحدهما منفردًا لمرض الآخر أو غيبته يومين شاركه الآخر الغائب أو المريض في الغلة ، وإن عمل في أزيد من ذلك انفرد بأجر المثل له والأجر الأصلي بينهما كخياطة ثوب بعشرة وأجر العامل أربعة فيقسم بينهما ستة . فإن كان العمل مياومة كبنائين ونجارين اختص العامل بجميع أجر عمله .

ومدير الشركة وكيل من كل وجه عن الباقين فيما وكّل فيه ، سواء عين في العقد أو بعده يجوز عزله لوكالته عن كل شريك بعينه .

فإن اشترط إدارة واحد من الشركاء دون غيره ففي ذلك خلاف ؛ لأن شركة المفاوضة تقضي بالإذن لكل واحد بالتصرف مع بقاء حق التصرف للشخص نفسه ، وفي هذا المثل لا تصرف إلا لواحد فقط . وفي شركة العنان التصرف لا يكون إلا من الشركاء مجتمعين وهنا ليس كذلك ، فهذه شركة مركبة من عنان ومفاوضة فقيل : تجوز . وتصرف المدير صحيح وملزم لجميع الأعضاء إلا فيما لا يعود على الشركة بفائدة ؛ لأنه وكيل خرج عن نوع الوكالة في شيء خاص ، وقيل : لا تجوز ، والأول أصح .

وفي حالة عدم تعيين وكيل يرجع لعقد الشركة وطبيعتها ثم يتبع حكم النوع من عنان ومفاوضة إلخ كما سبق بيان ذلك .

---

(1) شركة الأبدان هي : عقد على عمل كخياطة ، أو حياكة بينهما ، والربح بينهما على حسب ما لكل أو عمله بما يدل عرفا . الشرح الصغير (182/3) . وقد تناولت المواد 611 - 618 مدني أردني والمواد 676 - 683 عراقي والمواد 525 - 529 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أحكام شركة الأبدان أو الأعمال بما لا يختلف عما هو منصوص عليه في كتب المذاهب التي أجازت هذا النوع من الشركة ، وهم الحنفية والحنابلة والمالكية وإن قيدها الأخيرون بشروط معينة طبقا لما تقدم ، وهي الاتحاد في العمل أو تلازمه ، وأخذ كل منهما من الربح بقدر عمله وحصول التعاون وإن بمكانين . الشرح الصغير 191/3 .

تعهدات الشركاء بالنسبة للغير :

للشركة أن تتعاقد مع الغير ممثلة في شخص مديرها أو أحد الشركاء فتلتزم للغير ويلتزم الغير لها ، ومتى وقع هذا الالتزام صحيحًا فالشركاء ملزمون بهذا الالتزام كل حسب نصيبه في رأس مال الشركة فتتحقق مسئولية الشركاء فيما إذا كان من تعاقد عن الشركة يملك ذلك بتوكيل من الشركاء ، أو أنهم جميعًا تعاقدوا ، أو كانت الفائدة قد عادت على الجميع في أموال الشركة من عمل واحد منهم مثلًا .

وبما أن الشركة لا تقتضي ضمانًا ولا تضامنا فالشركاء ليس بينهم تضامن فيما التزمت به الشركة فكل واحد منهم يدفع أو يؤدي قيمة ما خص نصيبه في رأس المال فقط .

قيمة الربح والخسارة :

الربح والخسارة والعمل يُفَضُّ على الشريكين بقدر المالين من تساو وتفاوت إن شرطا ذلك أو سكتا عنه ، فتفسد بشرط التفاوت وتفسخ قبل العمل ، ولكل واحد أجر عمله للآخر .

ولكل واحد منهما التبرع لشريكه بشيء من الربح أو العمل والسلف والهبة بعد العقد لا قبله ولا في صلبه فلا يجوز [1] .

والقول لمدعي التلف والخسارة عند تنازعهما ؛ لأنه أمين [2] .

والتلف ما نشأ لا عن تحريك فعل أحد الشركاء بل بأمر سماوي أو لص ، وأما الخسران فهو ما نشأ عن تحريك وحلف المتهم إن لم يظهر كذبه وإلا غرم .

والقول لمدعي النصف بيمين وحملا عليه في تنازعهما [3] . وإذا أقر واحد من الشركين بدين عليهما بعد تفرق وانفصال مع طول أم لا أو موت فهو شاهد في غير نصيبه ، إذا كان لمن لا يتهم عليه يحلف معه المقر له ويستحقه . وأما في

---

(1) ولأحد الشريكين التبرع لصاحبه بشيءمن الربح ، أو العمل بعد العقد على الصحة . الشرح الصغير (188/3) .

(2) القول في تنازعهما في التلف أو الخسر لمدعي التلف أو الخسر لأنه أمين ، ويحلف إن اتهم ، وهذا إن لم يظهر كذبه ، والا غرم . الشرح الصغير (188/3) .

(3) القول لمدعي النصف عند تنازعهما فيه ، وغيره لأنه الأصل إن حلفا ، وكذا إن نكلا ، ويقضي للحالف على الناكل ، هذا قول أشهب ، وقال ابن القاسم : إن ادعى أحدهما النصف ، والآخر الثلثين أعطي مدعي النصف الثلث ، ومدعى الثلثين النصف ، وقسم السدس بينهما . الشرح الصغير (189/3) .

نصيبه فيؤاخذ به ولو لمتهم عليه ، وضمان المالين منهما إن خلطاهما حسًّا بأن لم يتميز أحدهما عن الآخر ولو حكما بأن يكون كل منهما في صرة منفردة وجعلا في حوز أجنبي أو أحدهما فقط فضاعت أو واحدة فضمانها منهما ، وإن لم يحصل خلط فالتالف من ربه وحده . وما ابتيع بغير التالف فبينهما على مادخلا عليه للزوم الشركة بالعقد وعلى صاحب المال المتلف ثمن حصته .

وغير جائز توكيل أجنبي في توزيع أرباح الشركة إلا على قدر الأنصباء [1] .

حل الشركة :

قد يكون من أسباب حل الشركة الوفاة ؛ ففي شركة المفاوضة يقتضي وجود الشريك بنفسه ؛ لأن كل واحد صرح لشريكه بالتصرف مع تصرفه هو فنفس الشريك ملحوظ في تكوين الشركة . وفي شركة العنان كل منهما منع صاحبه من التصرف إلا مع وجود صاحبه فوجود الشريك نفسه ملحوظ في الشركة . وفي شركة العمل ظاهر فيه وجود الشريك ، فوفاة الشريك في هذه الأنواع الثلاثة يوقف سيرها فتُحَل .

ولكن في الشركات المساهمة وهي التي تجمتع من عدة مساهمين إما غير معروفين ؛ لأن السند لحامله وهو المعروف في الشركة (سند نمرة كذا) ، وإما معروفون ؛ لأن السند يكون اسميا مكتوبا عليه مالكه ومسجل في الشركة ، ففي مثل هذه الشركات وفاة المساهم (الشريك) لا يؤثر على وجود الشركة ؛ لأن أسهمها تباع في السوق المالية فلا تنحل الشركة بوفاة أحد المساهمين ، وفي هذه الحالة إذا وجد قُصَّر للمتوفى تحفظ أسهمهم إذا كان في بقائها مصلحة لهم أو تباع بأمر المجلس الحسبي .

ومثل الوفاة المنع من التصرف لجنون أو تبذير (سفه) .

---

(1) جمهور الفقهاء على وجوب توزيع الربح والخسارة بحساب ما لكل من الشركاء في الشركة ، لا يجوز التفاوت في هذا ، وكأن الربح نماء المال وحده فيستحق الربح على قدره . ووافق الأحناف على هذا في الخسارة ، لأن معناها نقص المال المملوك لكل شريك فيقع على مالكه . أما بالنسبة للربح فإنه يتحقق بالمال أو بالعمل ، وقد يكون أحد الشريكين أمهر من الآخر في العمل ، فله أن يستحق في مقابلة ذلك شيئا من الربح إن رضي به الطرف الآخر . انظر : المغني لابن قدامة 34/5 ، ونهاية المحتاج 166/4 والشركات في الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ علي الخفيف ص 51 والحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للدكتور السيد علي السيد ص 150 وما بعدها .

والتصفية القضائية والإفلاس توجبان حل الشركة بجميع أنواعها ؛ لأن بقاء الشركة منوط بقدرتها القانونية على الإلزام والالتزام ، ومع التصفية والإفلاس لا قدرة للشركة على الوفاء بالتزاماتها .

وتنحل الشركات بمضي الوقت المحدد لوجودها ، وتنحل باتفاق جميع الشركاء على حلها ، وتنحل بأمر ولي الأمر بحلها للمصلحة العامة لسبب خطير .

وتنحل بحصول مرض أقعد أحدهم عن العمل لأكثر من ثلاثة أيام في شركة العمل إذا لم يقبل العامل منهم استمرارها ، فإن عمل أحدهما منفردًا لمرض الآخر أو غيبته يومين شاركه المريض الغائب في الغلة ، وإن عمل في أزيد من ذلك انفرد بأجر المثل له ، والأجر الأصلي بينهما ، فإن كان العمل مياومة اختص العامل بجميع أجرة عمله .

إرادة الشريك الواحد لحل الشركة يكفي لحلها في المفاوضة والعنان والعمل ما دامت غير محددة ، فإن كانت محددة عمل بالشرط بينهما وأجبر من أبى عدم تنفيذ ما تعهد به .

تصفية الشركة المنحلة :

متى انحلت الشركة استحق كل شريك فيها قيمة نصيبه في رأس المال ربحًا وخسرانًا (1) .

بند [81] القرض

القانون الفرنسي : للقرض نوعان : نوع للاستعمال ، ونوع للاستهلاك .

الأول – القرض للاستعمال (2) : وهو عقد به يعطي المقرض شيئًا إلى المقرض إليه أو المقترض يستعمله مع رده بطبيعته إلى المقرض بعد الاستعمال ، وصفاته القانونية هي :

1 – هذا عقد يحتوي على الالتزامات المتبادلة ، وإن كان ذلك غير ظاهر فيه ؛ لأن الملتزم هو المعير ، لكن المستعير قد ينفق لحفظ الشيء المستعار ، وواجب عليه رد الإعارة .

---

(1) راجع تفصيل ذلك في : الشرح الصغير جـ 3 ص 184 ، 185 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 254 ، 255 . وقد تناولت المواد 526 – 531 مدني مصري ، والمواد 500 – 505 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أسباب انقضاء الشركة ، وهو ما تناولته المواد 601 – 605 من القانون المدني الأردني ، والمواد 646 – 650 عراقي .

(2) أي استعمال الشيء المأخوذ من صاحبه ورده إليه بعد استعماله ، وهذا هو ما يطلق عليه العارية في الفقه الإسلامي .

2 - هذا عقد بدون مقابل ، فلو كان بمقابل لكان إيجارة .

3 - هذا عقد عيني بمعنى أن القرض لا يتحقق إلا بتسليم العين المعارة ، ولا يمكن رد شيء لم يستلمه المستعير ، ولا زالت العين المستعارة باقية على ملكية المعير . فقط تنازل عن وضع اليد والانتفاع للمستعير .

واجبات المستعير (المقترض) : يجب على المستعير شيئان :

أولًا : المحافظة على العين المستعارة ؛ فلا يستعملها إلا حسب طبيعتها وحسب اتفاق الطرفين ، فلو صدر منه خطأ لا يصدر من أبي العائلة عند استعمال أملاكه فهو ضامن خطأه .

ثانيًا : رد العين المستعارة نفسها . ولا يمكن المستعير إمساك الشيء المستعار نظير ماله عند المعير مقاصة ، وإن اقترض جماعة شيئًا كانوا ضُمَّانًا في رده للغير .

فقد الشيء المستعار : القاعدة أن فقد الشيء المستعار أو تلفه يكون على حساب المعير إذا كان ذلك بحالة عرضية . ويستثنى من ذلك الأحوال الآتية فيضمن المستعير ولو كان التلف بحالة عرضية :

1 - متى استعمل المستعير الشيء المعار في شيء غير استعماله الموجود له ، أو استعمله أزيد من الوقت المحدد للاستعمال فضمانه عليه .

2 - إن أتلف الشيء المستعار عند استعماله بحالة عرضية ، وكان يمكن المستعير استعمال شيئه معه لضمان بقائه ، أو كان يمكنه استعمال شيئه دونه فلم يفعل فهو ضامن .

3 - متى قدر ثمن الشيء المستعار وقت الإعارة ؛ لأن تقدير الثمن يساوي بيعًا .

التزامات المعير :

المعير ملزم بشيئين :

أولًا : تعويض المستعير عما أنفقه فوق العادة ، ويجب أن تكون النفقة تقتضيها الضرورة حتى عملها دون إخطار المعير .

ثانيًا : المعير ضامن عيب الشيء المعار ، وعليه تعويض المستعير إذا كان يعرف ذلك ولم ينبه المستعير إلى ذلك .

قرض استهلاك : وهو عقد به ينقل شخص ملكية كمية من الأشياء التي تستهلك عادة بالاستعمال إلى شخص آخر يتعهد برد كمية من الأشياء من نفس

جنسها إلى المقرض كقرض نقود ، وصفاته :

أولًا : أنه عقد عيني بمعنى أنه لا يتحقق إلا بتسليم العين المعطاة قرضًا مع ملاحظة أن هنا نقل الملكية للمقترض ، وهو ضروري لإمكان الاستهلاك بالاستعمال .

ثانيًا : أنه عقد فيه التزام من جانب واحد وهو المقترض .

ثالثًا : أنه عقد بدون مقابل .

التزامات المقترض : المقترض ملزم برد ما اقترضه بنفس الكمية والصنف في الموعد المحدد بينهما . لهذا كان فقد القرض أو تلفه على حسابه ؛ لأنه مدين بجنس القرض لا بعينه ، وإذا لم يحدد زمن رد القرض فللقاضي إعطاء مدة حسب الظروف .

فإن ذكر أنه يدفع متى أمكنه حدد القاضي مدة كما يرى الملابسات .

الاتفاق على الفائدة : أباح القانون شرط الفائدة في قرض النقود والحبوب فحدد في الدين المدني 5٪ في السنة ، وفي التجاري كما يتفق الطرفان . وقد أوقف هذا عقب حرب سنة 1918 لمدة معينة (1) .

بند [82] القرض

التشريع الإسلامي : يصح تسمية العارية قرضًا ، فيطلق القرض على نوعين يدخلان في إعطاء شخص لآخر متاعًا لينتفع به بإفنائه أو باستعماله ليرد عينه على مالكها أو بدله تبرعًا بدون مقابل من المقترض (2) .

---

(1) انظر : البنود من 1892 إلى 1914 في الباب الثاني ، من الكتاب العاشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 116 : 120 .

(2) يقول الدردير : « القرض وهو المسمى في العرف بالسلف ، والقرض إعطاء متمول من مثلي أو حيوان أو عرض في نظير عوض مماثل صفة وقدرًا للمعطي كائن ذلك العوض في الذمة لنفع المعطي » . الشرح الصغير جـ 3 ص 116 راجع الكلام عن العارية في بداية المجتهد جـ 2 ص 313 وما بعدها . وقد جاء تعريف العارية في المادة 635 مدني مصري ، ونصها : « العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال » . وهو ما جاء في المادة 632 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 760 مدني أردني والمادة 847 عراقي . ويتفق ذلك التعريف مع ما جاء في المادة 756 من مرشد الحيران ، والمادة 374 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة انظر حاشية ابن عابدين 767/4 وحاشية الدسوقي 413/3 .

وينفرد القرض في نوع خاص وهو أن يكون العطاء للاستعمال والإفناء فيرد مثله لا عينه . على أنه يجوز رد عينه إذا لم يستعمل فتتغير [1] . وتنفرد العارية في رد الشيء المستعار بذاته والضمان عند التعدي بالتلف أو الإتلاف بخلاف القرض فلا ضمان فيه لوجوب رد المثل [2] .

والقرض بنوعيه - عارية وقرض - عقد بدون مقابل ، وحقيقة القرض توجد بمجرد الصيغة . وللمقترض أو المستعير طلب الحكم له على المقرض أو المعير بتسليم العين المعارة أو التي أقرضها مالكها . والعين المعارة لا تزال على ملكية صاحبها والشيء المقترض أصبح ملكًا للمقترض ، ويجب على المستعير المحافظة على العين المعارة واستعمالها كما لو كان مالكًا لها برفق [3] ، وقد قال الإمام مالك رضي الله عنه : « إنه إذا استعمل العارية استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال » .

وعلى المستعير إخلاء المحل المعار (مثلًا) كما كان ، وإرجاع الشيء المستعار على حالته بعد الاستعمال [4] ، وإذا استعار جماعة شيئًا فهم ضامنون له كل حسب نصيبه بلا تضامن .

---

(1) يرد المقترض على المقرض مثله قدرًا ، وصفة ، أو عينه إن لم يتغير في ذاته عنده ، فإن تغير تعين رد مثله . الشرح الصغير (118/3) .

(2) يضمن المستعير ما يغاب عليه كالحلي ، والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف ما لا يغاب عليه كالحيوان ، والعقار . الشرح الصغير (231/3) .

(3) يجوز للمستعير فعل المأذون له فيه ، ومثله . أما إذا كان أضر مما استعارها له فلا يجوز . الشرح الصغير (232/3) .

(4) بينت المادة 641 مدني مصري واجب المستعير في العناية بالشيء المستعار ، ونصها : « 1 - على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله ، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . 2 - وفي كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له ، أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه » . وهو ما تناولته المادة 640 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمادة 770 مدني أردني ، والمادتان 857 ، 858 عراقي ، والمادة 656 كويتي . وفي الفقه الإسلامي اتجاهان في تضمين المستعير ، أولهما اتجاه الحنابلة ، وهو تضمين المستعير هلاك المستعار وتلفه مطلقا ، سواء كان بسبب من جهته أو بقوة قاهرة ، لأن القاعدة في هذا المذهب أن من حاز مال غيره لمصلحة نفسه ضمنه مطلقا . والآخر أن الشيء المعار أمانة في يد المستعير ، فلا يضمنه إلا إذا فرط في الحفظ أو تعدى في استعماله . وهو مذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية . أما المالكية فيضمنون المستعير فيما يغاب عليه مطلقا ، أما ما لا يغاب عليه من الأموال كسيارة مثلا فلا يضمنها المستعير إلا بالتفريط أو التعدي . راجع المادة 1306 من مجلة الأحكام الشرعية والمادة 813 من المجلة العدلية ومجمع الأنهر 646/2 ، والمادة 772 من مرشد الحيران .

والمقاصة [1] لا تكون إلا في دين في الذمة [2] والعارية من الأعيان التي لا تدخل الذمم فلا مقاصة فيها ، ويجب على المستعير تعهد العارية ؛ لأنه من باب صيانة المال وإلا عُدَّ مفرطا فيضمن .

فقد الشيء المستعار : القاعدة أن المستعير أمين ما لم يتعد أو يفرط فهو ضامن [3] . فيضمن المستعير ما يغاب عليه كالحلي والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة تشهد على ضياعه بلا سببه بخلاف مالا يغاب عليه كالعقار والحيوان .

ولو شرط نفي الضمان عن نفسه على الأرجح فيما يغاب عليه ضمن . وقيل إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه إذن .

ولو شرط الضمان فيما لا يغاب عليه بطل الشرط . والقول للمستعير فيما لا يغاب عليه في التلف أو الضياع فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة تكذبه . وحلف ما فرط [4] إن ادعى عليه التفريط فيما يغاب عليه أم لا يغاب عليه . ويترتب على ذلك .

أن المستعير إذا استعمل الشيء المستعار في شيء غير استعماله الموجود له ، أو استعمله أزيد من الوقت المقرر للاستعمال ، أو أهمل في الاستعمال كمن أدار آلة بخارية بلا تزييت فاحترقت فهو ضامن [5] .

تقدير ثمن الشيء المستعار :

إذا قدر المعير والمستعير ثمنا للشيء المستعار فمعناه أنه بيع ولكن بلفظ العارية ، غير أنه نقص شرط البيع وهو دفع الثمن حالًّا أو تأجيله لأجل معين ، وأن يكون الثمن متعينا للثمنية ؛ لأنه في حالة تقدير الثمن يجوز للمستعير رد الشيء المستعار بذاته فلا فائدة إذن للتقدير . وإن فقد الشيء المستعار ضمن قيمته وقت التعدي لا

---

(1) المقاصة مشاركة مدينين بمتماثلين عليهما ، كلٌّ مالَه فيما عليه . الشرح الصغير (118/3) وما بعدها .

(2) قاعدة : المقاصة لا تكون إلا في دين الذمة .

(3) قاعدة : المستعير أمين ما لم يتعد أو يفرط فهو ضامن .

(4) يقول الدردير : « يضمن المستعير ما يغاب عليه كالحلي والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه ، إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار . ولو شرط نفيه أي نفي الضمان عن نفسه على الأرجح . وقيل : إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه » الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، 315 .

(5) وجاز للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه ، وأن يفعل مثله لا أضر مما استعارها له ، فلا يجوز ، فإن زاد ما تعطب به ، وعطبت ، فلربها قيمتها وقت الزيادة عليها لأنه وقت التعدي . الشرح الصغير (232/2) .

يوم الإعارة [1] ، فلا يعمل إذن بتقدير الثمن يوم الإعارة .

التزامات المعير : قال مالك في المشهور : ليس للمعير استرجاع العارية قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية [2] .

وقال بعض الفقهاء المالكية وقولهم حجة أيضًا : ولزمت الإعارة المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه فليس لربها أخذها قبله [3] . ولو كانت أرضا للزراعة أو للسكنى أو لوضع شيء بها . فإن أطلقت فلربها أخذ الشيء المستعار متى شاء ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة .

والنفقة التي بها وجود الشيء المستعار كعلف الدابة على المستعير ، وقيل : على المعير تبعًا للعرف والعادة . أما تعهدها بالحفظ فعلى المستعير قولا واحدا وكذا تقديم العلف للدابة وسقيها ؛ لأنه من قبيل التعهد ، فإن أهمل المستعير في كل ما به حفظ العين المستعارة عد مفرطا وضمن .

ومؤنة أخذها من محلها ومؤنة ردها على المستعير إلا لعرف أو شرط فيعمل به .

---

(1) المرجع السابق (232/2) .

(2) قال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . بداية المجتهد (313/2) .

(3) ولزمت الاستعارة المقيدة بعمل كطحن أردب ، أو حمله لكذا ، أو ركوبه ، أو أجل كأربعة أيام أو أقل أو أكثر لانقضاء العمل ، أو الأجل ، فليس لربها أخذها قبله سواء كان المستعار أرضا لزراعة ، أو سكنى ، أو لوضع شيء بها ، أو كان حيوانا لركوب ، أو حمل أو غير ذلك ، أو كان عرضا ، وإلا يكن تقييد بعمل بل أطلقت فلا تلزم ، ولربها أخذها متى شاء ، ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد . الشرح الصغير (233/3) . وقد بينت المادة 636 مدني مصري التزام المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار وأن يتركه له طول مدة العارية ، كما بينت المادة 643 مدني مصري انتهاء العارية بالأجل المتفق عليه ، أو باستعمال الشيء فيما أعير من أجله . وهو ما بينته المادتان 634 ، 642 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية . ويقترب ما أخذ به المدني المصري والمشروع من المذهب المالكي . أما القانون المدني الأردني فقد أخذ بوجهة الفقه الحنفي وجمهور الفقهاء الذين يرون أن العارية عقد غير لازم تنتهي برغبة أي من الطرفين في أي وقت . وهذا هو ما نصت عليه المادة 763 منه ، ونصها : « الإعارة عقد غير لازم ، ولكل من الطرفين إنهاؤه متى شاء ، ولو ضرب له أجل » . وقد سار القانون العراقي في هذا الاتجاه ، طبقا لما تدل عليه المادة 857 . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادتين 806 ، 813 من المجلة العدلية ، والمادة 785 من مرشد الحيران . راجع بدائع الصنائع 216/6 وحاشية ابن عابدين 502/4 .

فقد الشيء المستعار ولزوم بدله :

تقدم أن الإعارة أو العارية عقد يلزم المعير بالايجاب والقبول ، ويملك المستعير المنفعة بمجرد العقد ، فإن سلم المعير الشيء المستعار للمستعير قضى الأمر ، وتولى المنتفع تحصيل المنفعة على وجهها الأكمل ، وإن لم يسلم المعير الشيء المستعار للمستعير ترافع للحاكم طالبًا تسليمه إليه . ومتى ثبت عقد العارية أمر القاضي بالتسليم قهرًا عن المعير .

فإن كانت العارية ذاتا معينة وتلفت لا بعمل المعير قبل التسليم فليس المعير ملزما بإحضار مثلها ؛ لأن العارية متعلقة بذاتها ، وقد تلفت فلا يلزم بغيرها . وإن كانت العارية منفعة غير متعلقة بذات بعينها كسكنى أحد منازل المعير مدة كذا ، وله عدة مساكن ، وفقد أحدها فلا يصح له أن يعين للإعارة هذا المنزل الذي فقد أو هدم مثلا . ويلزم المعير إسكان المستعير أحد مساكنه الباقية المدة المحددة ، وعلى هذا التفصيل فيما كان عيبا في العين المعارة .

قرض استهلاك : قرض الاستهلاك هو القرض الحقيقي بمسماه الشرعي ؛ لأن الفرق بين العارية وبين القرض أن العين المعارة تراد لمنفعتها لا لاستهلاك عينها فترد بأعيانها [(1)] ، والقرض يراد لاستهلاكه فيرد مثله [(2)] ، فالعارية تكون في الأرضين والدور والحيوان ، والقرض يكون في النقدين ذهبا وفضة وفي المثلي من معدود ومكيل وموزون ؛ لأنها تراد لقيمتها ولمثلها فتدخل الذمم ، وأعيان العارية كالأرضين والدور والحيوان تراد لذاتها أصالة .

والقرض هو السلف ، ويتحقق بمجرد العقد [(3)] ولا يتم إلا بالتسليم ، وبمجرد

(1) العارية هي ماردت عينها لربها بعد الانتفاع . الشرح الصغير (231/3) .

(2) يرد المقترض على المقرض مثله قدرًا ، وصفة ، أو عينه إن لم يتغير في ذاته عنده . الشرح الصغير (118/3) .

(3) وملك القرض أي يملكه المقترض بالعقد ، وإن لم يقبضه . الشرح الصغير (118/3) . وقد جاء تعريف القرض في المادة 538 مدني مصري بأنه « عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته » . ولا يختلف عن ذلك ما جاء في المواد 534 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 636 مدني أردني ، والمادة 684 عراقي ، والمادة 543 كويتي . إلا في التصوير الفني ، ذلك أن تعريفات المشروع والأردني والعراقي والكويتي ينصب على محل العقد ، لأنه المقصود من عقده ، أما التعريف الذي أخذ به المدني المصري فينصب على الالتزام الناشئ من العقد . ويتفق التعريف وكثير من أحكام القرض مع ما جاء في المواد 796 – 809 من مرشد الحيران . ويجدر الالتفات كذلك إلى خلو هذه التعريفات من الإشارة إلى مقصد =

العقد تنتقل ملكية العين المقترضة إلى المقترض فتتلف على حسابه وهو يرجع على المتعدي ، ومعلوم أنه عقد بدون مقابل .

فيجوز قرض ما يسلم فيه من عروض موصوفة وحيوان كذلك ومثلي ، فلا يصح القرض في دار وبستان وتراب ومعدن معين [1] .

وملك المقترض القرض بالعقد [2] ككل معروف من هبة وصدقة وعارية وإن لم تقبض ، فإن قبض المقترض القرض فإن كان له أجل مضروب أو معتاد لزمه رده إذا انقضى ذلك الأجل وإن لم ينتفع به عادة أمثاله ، فإن لم يكن ضرب له أجل ولم يعتد فيه أجل فلا يلزم المقترض رده لمقرضه إلا إذا انتفع به عادة أمثاله ، وقال بعضهم : يحمل في هذه الحالة على الحلول ، فإذا طلبه رد إليه ولو قبل الانتفاع [3] .

ويجوز للمقترض رد مثل القرض ورد عينه مثليا أو غير مثلي ، مالم يتغير بزيادة أو نقص . فإن تغير وجب رد المثل .

والقرض إن كان عينا وأراد المقترض رده لزم ربه قبوله مطلقًا ، كان في محل القضاء أو في غيره ، حل الأجل أو لا إلا لخوف في الطريق ، أو احتياج إلى كبير حمل فلا يلزمه

= الشارع من شرع القرض ، وهو إرفاق المدين والتوسعة عليه وهو ما ورد التعبير عنه في المادة 723 من مجلة الأحكام الشرعية ، ونصها : « القرض دفع مال إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله ... » .

(1) وإنما يجوز قرض ما يسلم فيه من حيوان ، أو عرض ، أو مثل لا مالا يسلم فيه كدار ، وأرض ، وحانوت ، وخان ، وحمام ، وتراب معدن ... الشرح الصغير (116/3 ، 117) .

(2) يملك المقترض القرض بالقبض عند جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة . ويرى المالكية أن المقترض يملك القرض بالعقد ، ويلزم المقرض تسليم القرض إلى المقترض . ولذا نصت المادة 120/1 من مذهب الإمام مالك على أنه « يملك المقترض القرض ملكا تاما بالعقد ، ولو لم يقبضه من المقرض » . أما المادة 780 من مرشد الحيران فقد عبرت عن اتجاه الأحناف إلى أن القرض لا يملكه المقترض إلا بالقبض ، وهو مذهب جمهور الفقهاء (حاشية ابن عابدين 181/4 ، ومغني المحتاج 119/2 والمهذب 303/1 والمغني لابن قدامة 325/4) . ويتوازى مع هذا الانقسام الفقهي انقسام آخر في القوانين العربية ؛ فالمادة 686 مدني عراقي ، والمادة 544 كويتي والمادة 637 تشترك في الأخذ بأن تمام عقد القرض بالقبض ، على حين أخذت المادة 539 مصري والمادة 536 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة وجهة أخرى تقضي بلزوم عقد القرض وتمامه بمجرد الانتهاء من التلفظ بالصيغة .

(3) هذا الذي عبر عنه المؤلف في حكم القرض ، وأنه عقد لازم لاحق للمقرض في طلب رد القرض إلا بحلول أجله إن وجد اتفاق يحدده ، أو بمضي وقت ينتفع فيه المقترض بالقرض هو مذهب المالكية . أما مذهب جمهور الفقهاء فيقضي بأن القرض عقد جائز ، فيحق للمقرض طلبه في أي وقت . وقد اتجهت القوانين العربية إلى الأخذ بوجهة المالكية راجع : المادة 540 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة والمادة 543 مصري والمادة 121 من تقنين الشريعة على مذهب مالك .

قبولها قبل المحل . وإن كان القرض غير عين بأن كان عرضًا أو طعامًا فيجبر المقرض على قبولها ، إذا أتى بها المقترض في محل القضاء ، حلَّ الأجل أم لا ، وإلا فلا يجبر .

وجاز قضاء قرض بمساو لما في الذمة قدرا وصفة ، حل الأجل أم لا ، كان الدين عينا أو طعامًا أو عرضًا .

وجاز بأفضل صفة بشرط عدم الدخول على ذلك عند القرض وإلا فسد . وجاز بأفضلَ صفةً وقدرًا أو أحدهما إن حل الأجل ، لا يجوز بأزيد عددا في المتعامل به عددًا ، أو أزيد وزنا في المتعامل به وزنا ، حل الأجل أم لا [1] .

وإن بطلت فلوس كانت دينا لشخص على آخر من قرض أو بيع مثلا ، أي انقطع التعامل بها أو تغيرت بزيادة أو نقص ، وجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل أو التغيير ، فإن عدمت كلية في بلدة تعامُلِ المتعاقدين ووجدت أو انعدمت في غيرها وجب أداء القيمة وقت اجتماع الاستحقاق والعدم معًا ، فالعبرة بالمتأخر منهما ؛ فإن استحقت ثم عدمت اعتبرت القيمة يوم العدم ، وإن عدمت ، ثم استحقت اعتبرت القيمة يوم الاستحقاق .

الفائدة : يجب أن يكون القرض لله بدون فائدة لخبر عن الرسول ﷺ : « ثلاثة لا تكون إلا لله : القرض ، والضمان ، والجاه » [2] فإن وجدت فائدة كان ربا وهو محرم بنص القرآن الكريم ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [3] .

بند [83] عقد ترتيب معاش

القانون الفرنسي : وهو عقد به يترك شخص لآخر رأس مال نظير أن يرتب له معاشًا سنويًا مدة الأبد ، وللمعاش خاصتان :

أولًا : رأس المال ليس حالا مطلوبا فليس للدائن طلبه .

ثانيًا : يمكن مشتري هذا المعاش ، يعني يمكن للمدين أن يدفع رأس المال إلى دائنه فتبرأ ذمته .

ويستثنى من ذلك ثلاثة حالات يمكن فيها طلب رأس المال :

---

(1) وجاز رد أفضل مما اقترضه صفة لأنه حسن قضاء إذا كان بلا شرط ، وإلا منع الأفضل . الشرح الصغير (118/3) .

(2) لم نعثر عليه في كتب الحديث ، والأقرب أن يكون قاعدة فقهية .

(3) سورة البقرة الآية : 275 .

أولًا : متى توقف المدين عن دفع المعاش السنوي لمدة سنتين .

ثانيًا : إذا لم يقدم المدين الضمان الكافي للدائن المشترط في العقد .

ثالثًا : إذا أعلن إفلاس المدين أو توقف عن الدفع (1) .

بند [84] عقد ترتيب معاش

التشريع الإسلامي : يجوز ترتيب معاش مدة الحياة تبرعًا لا في نظير عوض كأن يوقف شخص على آخر مبلغًا شهريًّا من مال موقوف فيعطي له المبلغ المقدر . وأما عقد ترتيب المعاش نظير عوض من إجارة أو بيع ، كمن باع منزلا لزيد بألف أو آجره له بمائة شهريًّا مثلًا على أن يدفع له كذا كل شهر إلى وفاة البائع أو ينفق على البائع مدة الحياة ، فهو باطل .

فإن وقع وجب رد المبيع ذاتًا أو منفعة إلا أن يفوت بهدم أو بناء فيغرم المشتري القيمة يوم قبضه ، ورجع المشتري بقيمة ما أنفق إن كان مقومًا أو مثليًّا مجهول القدر أو بمثله إن علم ، وتتم المقاصة بين الطرفين في الثمن والنفقة . ومن بقي له فضل عند الآخر أخذه .

فعلم إذن أن هذا العقد باطل لعدم معرفة النفقة مدة الحياة ، وهي نظير الثمن ، فيكون الثمن مجهولا وهو مبطل للبيع بطلانا عامًّا وكذا في الإجارة (2) .

بند [85] الوديعة

القانون الفرنسي : الوديعة عقد به يتقبل شخص أشياء الغير لحفظها وردها لصاحبها وصفاته هي :

1 – أنه عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الأمانة لمن اؤتمن .

2 – أنه عقد فيه التزام من جانب واحد وهو الأمين بحفظ ورد الأمانة ، وهو عقد بدون مقابل من الجانب الآخر .

(1) انظر : البنود من 1968 إلى آخر الباب الثاني ، من الكتاب الثاني عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 130 : 133 .

(2) هذا هو ما انتهي إليه مما يتبادر إلى الذهن في موضوع عقد ترتيب معاش أو إجراء مرتب مدى الحياة . غير أن القوانين المدنية العربية قد اتجهت إلى تصحيح هذا التعامل طبقًا لما جاء في المواد 741 وما بعدها (مصري) ، 916 وما بعدها (أردني) ، 977 وما بعدها (عراقي) ، 741 وما بعدها (مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية) . وقد جاء في المذكرة التوضيحية لهذه المادة أن السند الشرعي لتصحيح هذا التعامل هو الأصل العام القاضي بوجوب الوفاء بالعهود والعقود والشروط ، طبقًا لما جاءت به النصوص الشرعية .

الوديعة أقسام :

أولًا : الوديعة القانونية : وهي ما ينطبق عليها تعريف الوديعة السابق .

ثانيًا : الوديعة غير القانونية : وهي ما أبيح فيها للأمين أن يستعمل الأمانة ، أو يستهلكها ، أو لا يردها بطبيعتها بل بما يعادلها من النقود كالوديعة في البنوك فهي كالقرض .

ثالثًا : الوديعة الضرورية : وهي ما كانت بسبب قوة قاهرة كحريق وغرق أو ما يماثلهما .

رابعًا : الحجز : ويكون خاصًا بأشياء متنازع عليها أو محجوز عليها أو ما يقدمه المدين لتبرأ ذمته .

التزامات الأمين :

يجب على الأمين شيئان :

أولًا : حفظ الوديعة بعناية وتحفُّظٍ مثل عنايته بشيئه الخاص ، وليس مسئولا عن تلف الوديعة في الأحوال العرضية إلا إذا طولب بالرد فلم يرد فتلفت ولو بعارض . وليس له استعمال الوديعة إلا بتصريح صريح أو ضمني مفهوم من طبيعة الوديعة .

ثانيًا : رد الوديعة المسلمة متى طلبها المودِعُ ولو كان لردها مدة محددة إلا إذا كان محجوزًا عليها حجز ما للمدين لدى الغير أو معارضا فيها .

التزامات المودع :

على المودع دفع ما تكبده الأمين في حفظ وصيانة الوديعة وتعويضُه عما لحقه من الضرر بسبب الوديعة . وللأمين إمساك الوديعة حتى يتقاضى حقوقه المذكورة (1) .

بند [86] الوديعة

التشريع الإسلامي : الوديعة توكيل بحفظ مال (2) . فيتم الإيداع (الوديعة) في

(1) انظر : البنود من 1915 إلى 1954 في البابين الأول والثاني ، من الكتاب الحادي عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 120 : 127 .

(2) يقول الدردير الوديعة : « مال موكل علي حفظه أي مجرد حفظه فخرج القراض والإبضاع ، والمواضعة ، والوكالة ، ولما كانت الوديعة أمانة ، وكل أمانة لا يضمنها الأمين إلا إذا فرط » . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 . الكافي لابن عبد البر ص 403 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 310 . وقد عرفت المادة 718 مدني مصري ، والمادة 714 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الوديعة بما لا يخرج عن هذا وجرى تعريف الإيداع في المادة 868 =

قبول الوديعة بالرضى والسكوت ؛ لأنه قبول ضمني . فمن وضع مالًا عند شخص ولم يقل له : احفظه أو نحوه ففرط فيه بتركه فضاع ضمن . فلا يشترط فيها إيجاب وقبول لفظيان إذ يكفي الضمني .

والإيداع توكيل خاص فكل من جاز له أن يوكل وهو البالغ العاقل الرشيد جاز له أن يودع . ومن جاز له أن يتوكل جاز له أن يقبل الوديعة ، وهو المميز عند ابن رشد . وقال القرافي (1) واللخمي (2) وابن الحاجب (3) وابن عبد السلام لابد أن يكون بالغًا رشيدًا إلا الصبي الذي نصبه وليه في حانوته مثلًا فيضمن ؛ لأن وليه أطلق له التصرف فيودع عنده (4) .

ولا يوجد الإيداع إلا بالتسليم للمودع عنده ، وهو التزام من جانب واحد وهو الأمين بحفظ ورد الأمانة بدون مقابل .

وتكون وديعة اسما (5) إن أذن المودع للمودع في تسلفها أو في تسلف بعضها

= مدني أردني ، ونصها : « 1 - الإيداع عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله ، ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عينا . 2 - والوديعة هي المال المودع في يد أمين لحفظه » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 793 من مرشد الحيران . ونصها : « الإيداع هو تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة . والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه » . انظر حاشية ابن عابدين 754/4 وفتح القدير 88/7 وما بعدها .

(1) هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد عرف بالقرافي الفقيه المالكي ، كان مولده سنة 810 وتوفي في ذي الحجة سنة 867 . شجرة النور الذكية ص 256 رقم 932 .

(2) هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني رئيس الفقهاء في وقته وإليه الرحلة ، تفقه بابن محرز والسيوري والتونسي وجماعة ، له تعليق على المدونة سماه التبصرة ، مشهور معتمد في المذهب توفي سنة 478 بصفاقس وقبره بها معروف هناك . شجرة النور الذكية ص 117 رقم 326 .

(3) أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس المعروف بابن الحاجب المصري أخذ عن أبي الحسن الإبياري وقرأ على الإمام الشاطبي وعنه الشهاب القرافي والقاضي ناصر الدين ابن المنيرة وغيرهم كان مولده سنة 570 ، ومات بالأسكندرية في شوال 646 هـ ، وفي حسن المحاضرة أنه مات عن 85 سنة . شجرة النور الزكية ص 167 ، رقم 525 .

(4) قولهم : « لا ضمان على صبي فرط ، وإن أذن وليه » أي ما لم ينصبه للتجارة ، والمعاملات بين الناس . الشرح الصغير (222/3) .

(5) عبرت المواد 899 مدني أردني 971 عراقي والمادة 793 من المجلة العدلية عن هذا المعنى . ونص مادة المدني الأردني المذكورة : « إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو شيئا يهلك بالاستعمال ، وأذن المودِع للمودَع لديه في استعماله اعتبر العقد قرضا » . وإنما ذلك لأن القاعدة الفقهية أن العبرة في العقود للقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني » .

أو يقول له : إن احتجت فخذ . فلا يبرأ إلا برد ما أخذه لربها ؛ لأن تسلفه بإذن ربها ، فانتقل من أمانته لذمته فصار كسائر الديون ، فإن أخذ البعض ضَمِن ما أخذه فقط .

وأما الإيداع في البنوك أو في صندوق التوفير فإن كان المودع غير مقيد بأجل لأخذ وديعته كلا أو بعضًا فهو وديعة ، وإن كان مقيدًا بسحب مبلغ معين وقت الطلب ، أو بانتظار مدة معينة حتى يصرح له بصرف وديعته فذلك قرض ؛ لأن الوديعة مطلقة من كل قيد للمودع أخذها كلا أو بعضًا متى شاء [1] .

وأما الإيداع الضروري أو الاضطراري لحريق أو لغرق أو هدم منزل مثلًا أو سفر فهو جائز من المالك للوديعة ، وأما المودع عنده فله أن يودع الوديعة في هذه الأحوال بشرط عدم إمكانه ردها لربها ، وأن يشهد على عذره الملجىء للإيداع وأن تعاين البينة العذر ، وإلا فإن تخلف شرط من هذه وتلفت ضمن .

وقد تكون الوديعة بأمر حاكم لوجود خصام بين متداعيين والمصلحة حفظها عند أمين حتى يفصل في النزاع ، وقد تكون الوديعة في بيت القاضي (خزانة المحكمة) لدين أراد المدين إخلاء ذمته ، ولم يقبل الدائن أخذه لأمر ما .

التزامات الأمين (المودع عنده) :

يجب على المودع عنده (الأمين) حفظ الوديعة حفظًا تامًّا متبعًا أوامر ربها غير مستعمل لها في مصالحه الخاصة . ويجب عليه رد الوديعة المسلمة إليه كما استلمها متى أراد أو طلبها ربها [2] .

---

(1) قاعدة : الوديعة مطلقة من كل قيد للمودع أخذها كلا أو بعضا متى شاء .

(2) تناولت المادة 720 من القانون المدني المصري والمادة 716 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التزام المودَع بحفظ الوديعة ، ونصها : « 1 - يجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة العناية التي يبذلها في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي . 2 - ومع ذلك إذا كانت العناية بأجر وجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص العادي . 3 - ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام » . المادة 721 من التقنين الكويتي . وتتفق مع المادة 1/952 من التقنين العراقي ، كما تتفق مع المادة 873 من التقنين الأردني .

أولًا : حفظ الوديعة .

يضمن الأمين بسقوط شيء على الوديعة فتتلف ولو خطأ [1] ؛ لأن الخطأ كالعمد في أموال الناس [2] . ويضمنها بخلط غيرها بها وبانتفاعه [3] بها بلا إذن ربها فتتلف أو تتعيب ، وبسفره بها إن قدر على إيداعها عند أمين فتلفت [4] . ويضمن بإيداعها عند أمين فتلفت ؛ لأن ربها لم يأتمن غيره ، وببعثه بها لربها بغير إذن ربها فضاعت أو تلفت ، وبجحدها عند طلبها ؛ لأنه يعتبر غاصبًا ، وبموت المرسل معه الوديعة ، وبدعوى الرد على المرسل إليه المنكر ، وبدعوى الرد على ربها إن كان لربها بينة بالإيداع . قصد بها التوثق وعلم بالبينة المودع .

ولو أودعه دابة فركبها لمحل تعطب فيه غالبًا ، أو جهل الحال ، أو استوى الأمران وتلفت ضمن : كان التلف بسماوي أو بتعديه . وإن ركبها بمحل لا تعطب فيه عادة فلا ضمان إذا عطبت بسماوي أو بغيره . وهو قول ابن القاسم ، وقال سحنون : عليه الضمان ولو كان العطب بسماوي .

وتحرم التجارة بالوديعة بدون إذن ربها ، فإن تاجر الأمين بها فالربح له . فإن كانت الوديعة نقدًا أو مثليًا فلربها المثل . وإن كانت عرضًا وفات فلربها قيمته . وإن كانت الوديعة قائمة فربها مخير بين أخذ سلعته ورد البيع وبين إمضائه وأخذ ما بيعت به .

وإن أذن المودع للأمين في تسلفها أو تسلف بعضها ، أو قال له : إن احتجت فخذ فلا تبرأ ذمة الأمين إلا برد ما أخذه لربها ؛لأن تسلفه كان بإذن ربها فانتقل من أمانته لذمته فصار كسائر الديون .

فإن مات الأمين ولم يوص بها ولم توجد في تركته ضمن الوديعة فيما ترك إلا

---

(1) قاعدة : يضمن الأمين بسقوط شيء على الوديعة فتتلف ولو خطأ .

(2) يقول الدردير : « فتضمن الوديعة بسقوط شيء عليها منه أي من يد المودع ولو خطأ ؛ لأن الخطأ كالعمد في الأموال ... وتضمن بخلطها بغيرها » . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 ، 223 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 311 .

(3) تضمن الوديعة بخلطها بغيرها إذا تعذر تمييزها عما خلطت به .. ولا يضمن إذا خلطها للإحراز أو الرفق » الشرح الصغير (223/3) .

(4) يقول الدردير : « لا يضمنها الأمين إلا إذا فرّط من يصح توكيله فيها ؛ لذلك قال : تضمن بتفريط رشيد لا بتفريط صبي ولا سفيه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 250 ، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 177 وما بعدها .

أن يطول الزمن من يوم الإيداع كعشر سنين فلا ضمان إذا لم تكن الوديعة ببينة مقصودة للتوثق ، وإلا فلا يسقط الضمان ولو زاد عن العشر سنين .

ولو مات الرسول الحامل للوديعة لردها فإن كان رسول رب المال فالدافع له يبرأ بالدفع إليه ولو مات قبل الوصول ، ويرجع رب المال في تركته قبل الوصول ، وإن مات بعد الوصول فلا رجوع ، وإن كان الرسول رسول من عنده المال فلا يبرأ من أرسله إلا بوصوله لربه ببينة أو إقرار ، فإن مات قبل الوصول رجع مرسله في تركته ، وإن مات بعده فلا رجوع وهي مصيبة نزلت به .

وإن كان الأمين صبيًا أو سفيهًا فأتلف الوديعة أو عيبها لم يضمن ؛ لأن ربها هو الذي سلطه عليها ، وإن كان قبوله للوديعة بإذن أهله ما لم ينصبه وليه في حانوته مثلًا فيضمن ؛ لأنه أطلق له التصرف .

وأصل الوديعة لا ضمان فيها إلا بالتعدي أو الإهمال (1) ، والضمان وعدمه مقرر للمصلحة العامة ، فإن شرط المودع الضمان فيما لا ضمان فيه فلا ضمان ، ولا يعمل بالشرط لما فيه من إخراج الوديعة عن معناها الشرعي المقرر .

ولا ضمان في دعوى التلف أو الضياع بلا تفريط ولو مع البينة المقصودة للتوثق ، ولا في دعوى عدم العلم بالتلف أو الضياع فلا ضمان . وحلف المتهم فقط في دعوى التلف أو الضياع ، ولم يفده نفي اليمين عند الاستيداع ، فإن نكل المودَع حلف ربها وضمن الأمين (2) .

التزامات المودع :

يجب على المودع دفع أجرة حفظ الوديعة متى كان مشروطًا أو جرى به العرف ، وعليه أجرة المحل الموجودة به الوديعة إلا لشرط أو عرف .

---

(1) قاعدة : الوديعة لا ضمان فيها إلا بالتعدي أو الإهمال . وهو ما جاء في المادة 872 مدني أردني ، ونصها : « الوديعة أمانة في يد المودع لديه ، وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ، مالم يتفق على غير ذلك » .

(2) يحلف المتهم دون غيره في دعوى التلف ، أو الضياع أنها تلفت ، أو ضاعت ، وما فرط ... فإن نكل غرم بمجرد نكوله ، ولا تتوجه اليمين على ربها لأنها دعوى اتهام . الشرح الصغير (228/3) .

النفقة على الوديعة :

إذا أنفق المودع عنده على الوديعة رجع بالاتفاق على ربها بما أنفق ، وهل له إمساك الوديعة حتى تدفع النفقة أو النفقة دين في ذمة المودِع يرجع بها عليه في ماله لا في الوديعة نفسها ؟ خلاف .

ففي فتاوى الشيخ محمد عليش [1] شيخ السادة المالكية بمصر في زمنه النص الآتي ردًّا على سؤال . وهو : أودع رجل جارية عند آخر ، ولم يترك لها نفقة ، فأنفق عليها المودع . فهل له الرجوع بما أنفق ؟ فأجاب بما يأتي : لمن عنده الوديعة الرجوع بما أنفقه عليها على ربها بعد أن يحلف من هي عنده أنه لم يترك لها نفقة وأن قدرها كذا حيث لم يصدقه ربها إلى أن قال : وليس لربها تركها لمن هي عنده في نفقتها جبرًا عليه بخلاف اللقطة فله تسليمها في النفقة ؛ لأنه لما تركها تحت حرزه في الوديعة فكأنه أمره بالنفقة عليها . ومعنى هذا أن الأمين ليس له إمساك الوديعة حتى يدفع ربها نفقتها بل يتبع بها في ذمته [2] بخلاف اللقطة فنفقتها في ذاتها ، فله إمساكها حتى يأخذ ما أنفقه .

وفي المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك « رضي اللّه عنه » قال : سئل مالك عن رجل استودع رجلًا دابة فغاب عنها صاحبها وقد أنفق عليها المستودع ، قال مالك : يرفع ذلك إلى السلطان فيبيعها ويعطيه نفقته التي أنفق عليها إذا أقام على ذلك بينة أنه استودعها إياه [3] .

---

(1) هو أبو عبد اللّه محمد بن أ حمد بن محمد عليش الطرابلسي الدار المصري القرار شيخ السادات المالكية ومفتيها . وتوفي سنة 1299 . شجرة النور الذكية ص 385 رقم 1543 .

(2) جاء في المادة 855 مدني أردني ما يلي : « 1 – إذا أنفق المودع لديه على الوديعة بغير إذن المودِع أو المحكمة كان متبرعا . 2 – إلا أنه يجوز للمودَع لديه في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن ينفق على الوديعة بالقدر المتعارف ، ويرجع بما أنفقه من ماله على المودِع » . وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن المودع لديه لاحق له في الرجوع على المودِع بما أنفقه دون إذنه أو دون حكم قضائي ، طبقا لما جاء في المادة 786 من المجلة العدلية والمادة 830 من مرشد الحيران . غير أنه قد رئي العدول عن هذا القول في حالات الضرورة والعاجلة ، فأخذ بإحدى الروايتين في مذهب الإمام أحمد . ومن الواضح أن المؤلف يشير إلى فتوى الشيخ عليش التي اتجهت إلى إطلاق يد المودع لديه في الإنفاق على الوديعة في حدود المألوف المتعارف عليه . وهو مذهب الإمام مالك ، طبقا لما يرد التعبير عنه في هامش تال .

(3) جاء في المدونة الكبرى : قلت : أريت إن استودعني رجل إبلا ، أو غنما ، أو بقرا فأنفقت عليها بغير أمر =

ومعنى هذا أن نفقة الوديعة في ذاتها فللأمين إمساكها حتى يستوفي ما أنفقه عليها . اهـ .

بند [87] عقود الحظ [1] (القضاء والقدر)

القانون الفرنسي : وهي عقود تحمل لأحد المتعاقدين حظا أو خسارة في المستقبل ، وأنواعها :

أولًا : عقد التأمين على الحياة أو غيرها .

ثانيًا : التسليف على البضائع المنقولة بحرًا .

ثالثًا : اللعب والمراهنة .

رابعًا : المعاش مدة الحياة .

اللعب والرهان :

الديون الناتجة عن اللعب أو الرهان التزامات طبيعية خالصة ؛ فللمدين الحق في معارضة الدائن عند طلبها أمام القضاء أنها ديون لعب أو رهان ؛ فلا يؤمر بأدائها ولا يحكم عليه بها متى ثبت ذلك . لكن إذا دفعها اختيارا فليس له ردها ؛ إلا إذا ثبت أن الدائن استعمل الغش أو الخديعة أو النصب .

وتنقطع معارضة المدين للدائن بأن هذا دين لعب أو رهان متى كان رهانًا أو لعبًا على شيء يقتضي التمرين كمسابقة الخيل أو الجري أو ما شابه ذلك فيكون دينها التزاما حقيقيًا تحكم به المحاكم ، إلا أن لها الرقابة على كثرة المبلغ فتعدله .

المعاش مدة الحياة :

وهو عقد يتعهد فيه أحد الطرفين أن يدفع للطرف الآخر معاشًا سنويًا مدة حياته نظير ترك مبلغ من المال أو شيء منقول أو عقار من الطرف الآخر ، وهو على أشكال :

الأول : معاش الحياة المرتب بدون مقابل ، وهو يترتب إما بهبة بين الأحياء أو بوصية ، فيكون خاضعًا في شروطه شكلًا وموضوعًا إلى الشكل الذي ترتب فيه ،

= السلطان أيلزم ذلك ربها أم لا ؟ قال : سئل مالك عما يشبه هذا ، عن رجل استودع رجلًا دابة ، فمات صاحبها ، وقد أنفق المستودع عليها قال مالك : يرفع ذلك إلى السلطان ، فيبيعها ، فيعطيه نفقته التي أنفق عليها إذا أقام على ذلك بينة أنه استودعها إياه . المدونة الكبرى (358/4) .

(1) هذا اصطلاح غير معهود في الكتابة القانونية المعاصرة . وهذه هي العقود التي يصطلح عليها بعقود الغرر .

فإن كان هبة فيخضع لشروطها ، وإن كان وصية فلشروطها .

الثاني : معاش مدة الحياة مرتب نظير مقابل ، وهذا العقد فيه حظ وخسارة ، ففيه حظ للمدين إذا مات الدائن بعد مدة قصيرة ، وفيه خسارة إذا عاش طويلا ، وكل عقد معاش مدة الحياة مات صاحبه المعقود له يوم إبرامه فلا ينتج نتيجة قانونية ، وكذلك العقد الذي مات صاحبه في مدة 20 يومًا من تاريخه وكان مصابًا بمرض قبله .

الثالث : معاش مدة الحياة مرتب لشخص آخر : يجوز أن يتعاقد شخص مع شركة التأمين أو مع شخص أخر على أن تدفع الشركة معاشًا لشخص ثالث . فهو عقد مركب من عقد بين المتعاقد والشركة بعنوان مقابلة الالتزامات نظير عوض ، وبين الشركة والشخص الثالث عقد بعنوان عدم المقابلة فهو هبة ، ولكن لا يخضع في شكله لشروط الهبة ، وإنما يخضع في موضوعه لشروطها ، وفي النهاية هذا شرط لصالح الغير في التعاقد .

حق صاحب المعاش :

صاحب المعاش له دفع معاشه السنوي المرتب له فقط ، وليس له أي حق في طلب رأس المال الذي به تحقق عقد ترتيب المعاش ، وليس له طلب المعاش إلا بإثبات وجوده أو وجود الشخص المرتب له المعاش .

تأخر دفع المعاش :

عند تأخر دفع المعاش المرتب لا يجوز لصاحب المعاش أن يطلب رأس المال ولا العين المدفوعة لترتيب المعاش ، ولكن له أن يحجز ويبيع أملاك مدينه ويحفظ مبلغًا كافيًا لدفع المعاش السنوي . ومن ترتب لصالحه المعاش نظير ثمن يمكنه طلب إلغاء العقد إذا لم يقدم الطرف الآخر الضمان الكافي المشترط لتأمين دفع المعاش .

يمتلك صاحب المعاش معاشه بعدد الأيام التي مرت حال حياته ، فإن اشترط الدفع مقدمًا فتملكه من اللحظة التي يجب الدفع فيها .

وينقطع دفع المعاش من الوقت المتوفى فيه مستحقه ، وهذا المعاش المرتب مدة الحياة لا يمكن أن يُشْتَرى . بمعنى أن الشخص الذي رتب على نفسه لشخص آخر ليس له الحق في مشتراه وتعويض صاحبه عنه . بخلاف المعاش المؤبد كما سبق أنه يجوز لمن ترتب عليه ذلك مشتراه ممن ترتب له ؛ فما دام صاحب المعاش موجودًا

أو من ترتب له وجب دفعه مهما طال الزمن ومهما تكلف في ذلك [1] .

بند [88] عقود الحظ (القضاء والقدر)

التشريع الإسلامي :

اللعب والرهان : الديون الناتجة عن اللعب أو الرهان ، لله العجب ! انظر : دين اللعب والرهان في التشريع الوضعي فهو مأخوذ من التشريع الإسلامي ، وإليك التفصيل .

أصل المسابقة والرهان ممنوع [2] ؛ لأن فيها قمارا وتعذيبًا للحيوان بغير مأكله وحصول العوض والمعوض لشخص واحد ، ولكنها وإن كانت فيها هذه الأصول الممنوعة فإن المشرع أجازها متى كانت للتدريب على الجهاد ومنع الصائل والمتعدى [3] فإن كانت المسابقة لمجرد اللّهو حرمت .ولزمت المسابقة بالعقد كالإجارة ، فلا يجوز لأحد المتسابقين حلها دون رضاء الطرف الآخر .

فإن كانت المسابقة جائزة فدينها لازم واجب الأداء ، وإن كانت محرمة ممنوعة فدينها غير واجب الأداء وغير لازم ، وللمدعى عليه الدفع بعدم مشروعية الدين ، لأن سببه حرام ، ومتى ثبت فعلى القاضي رفض الدعوى .

والمسابقة برهان (جُعْلٍ) جائزة في الخيل والإبل والسهم ، وفي غير هذه الثلاثة تجوز المسابقة بلا جعل إن كانت لمصلحة عامة كتعليم أفراد الشعب مسابقة العدو والألعاب الرياضية والمصارعة إلخ فهي جائزة بل قد تجب لتربية الأمة بتعليم شبابها

---

(1) انظر : البنود من 1964 إلى 1967 في الكتاب الثاني عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثانى ص 129 – 130 .

(2) تناولت المادة 739 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، الحكم بإبطال الاتفاق على المقامرة أو الرهان ، وحق الخاسر في ذلك أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات ، وهو ما تناولته المادة 975 من التقنين العراقي ، والمادة 915 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 290 .

(3) تناولت المادة 740 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية « استثناء الحكم ببطلان اتفاقات المقامرة أو الرهان في الاتفاق على جعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة أو الاستعداد لاكتساب القوة . ويصح أن يكون الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن يعطى للفائز ... » وهو ما تناولته المادة 910 مدني أردني ، ويستند الحكم بذلك إلى النصوص الفقهية والشرعية المتعلقة بالسباق والرمي والمذكورة في بدائع الصنائع : 206/6 وتحفة الفقهاء 500/3 – 504 ونهاية المحتاج 164/8 – 173 والمحلى جـ 7 فقرات 970 – 973 والمختصر النافع في فقه الإمامية ص 164 وتفسير القرطبي 52/3 – 60 ، وهو ما جاءت به المواد 705 ، 706 (سوري) ، 975 ، 976 (عراقي) . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 790 .

مستلزمات الحياة الصحية السليمة [1] .

ويشترط في المسابقة بجُعل :

1 - أن يكون الجعل من غير المتسابقين على أن من سبق يأخذه ، أو أحد المتسابقين ليأخذه غيره متى سبق ، فإن سبق الجاعل أخذ الحاضرون الجعل دونه ، فإن أخرجاه على أن يأخذه السابق فهو قمار وهو ممنوع ، فإن دفعا جعلًا وكان معهما ثالث متسابق فقد أجازه ابن المسيب [2] ومالك في بعض أقواله .

2 - يجب أن يكون الجعل مما يصح بيعه يعني طاهرًا منتفعًا به مقدورا على تسليمه إلخ وإلا كان الجعل باطلًا .

3 - يجب تعيين مبدأ المسابقة ونهايتها والمركب والراكب وعدد الإصابة ونوعها من كل ما يحدد ما به المسابقة تحديدًا تامًّا .

وأما سباق الخيل الموجود الآن فهو للهو واللعب وابتزاز أموال الناس بالباطل ، فكم فيه من صرعى من الفقراء الذين يراهنون بما في جيوبهم ، وقد يكون هو مطعم أبنائهم وما يحتاج إليه بيتهم ، وواجب الحكومة يقضي بالسهر على أمثال هؤلاء البؤساء ومنعهم من نكبتهم بأيديهم .

وكذا مهارشة الديَكة والمصارعة الاحترافية نظير أجر فهي محرمة [3] .

المعاش مدة الحياة :

المعاشُ مدة الحياة المرتَّبُ بدون مقابل جائز ؛ لأنه إن كان ناجزا حال حياة المرتِّب فهو هبة فيُرجَع إلى شروط الهبة ، وإن كان مؤجلًا لما بعد موت المرتِّب فهو

---

(1) يقول الدردير : « الجعالة في العرف التزام أهل الإجارة عوضا علم لتحصيل أمر من الأمور كإتيان بشيء وحمل وحفر يستحقه السامع للملتزم العوض ولو لم يخاطبه بالتمام .. » . الشرح الصغير جـ 3 ص 329 وما بعدها ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 452 ، 453 .

ويقول الدردير : المسابقة جائزة بجعل في الخيل والإبل وبينهما وفي السهم . الشرح الصغير 73/4 .

(2) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ الله عمران بن مخزوم بن يقظة ، القرشي المخزومي ، عالم أهل المدينة ، ورئيس مدرستها ، وُلِدَ لسنتين مضتا من خلافة عمر ﷺ ، وقيل : لأربع مضين منها بالمدينة ، وكان ممن برز في العلم والعمل ، المتوفى سنة 89 أو 91 أو 92 أو 93 أو 94 أو 105 هـ .

ترجمته : الذهبي في « تذكرة الحافظ » 54/1 ، والذهبي في « العبر » 110/1 ، والذهبي في « الأعلام » 215/5 .

(3) يقول الدردير : « وجازت المسابقة بغير جعل بأن تكون مجانا مطلقا في غير الثلاثة السابقة » . الشرح الصغير جـ 4 ص 24 .

وصية ، ويجب أن تخضع لشروط الوصية من أنها لغير وارث وأنها من الثلث وإلا فيجب رضاء الورثة ؛ لأنها تعتبر عطية منهم .

والمعاش المرتب نظير مقابل غير جائز ؛ لأنه بيع غير معروف العوض ، وهو شرط في صحة البيع [1] .

والمعاش المرتب لشخص آخر غير المتعاقدين غير جائز أيضًا ؛ لأن زيدا تعاقد مع شركة التأمين على أن ترتب لعمر معاشًا مدة حياته نظير أن يدفع زيد مبلغًا معينًا من المال للشركة ، وإنه وإن كان من الشركة لعمر هبة ولكن لولا تعاقد زيد مع الشركة ودفعه لها مبلغًا معينًا لما قبلت ترتيب المعاش لعمر ، وهو في الحقيقة عقد مبني على القضاء والقدر أو الحظ ؛ لأن عُمْرَ عُمر غير معروف فيأخذ معاشه مادام حيًا وهو مقابل ما دفعه زيد للشركة فهو غير جائز .

وحق صاحب المعاش في طلب المعاش فقط حسب شروط الهبة أو الوصية أو شروط الواقف إذا كان من وقف ، وبالطبع هذا حق شخصي متعلق بنفس الشخص المرتب له وجودًا وعدمًا .

ولصاحب المعاش الحق في طلب معاشه من الموكول له حق التصرف فيه ، ويُقْضَى له به عليه وينفذ جبرًا ، ويملك معاشه يومًا فيومًا إن لم يكن الدفع له مقدمًا وإلا فيملكه بأول وقت استحقه فيه .

بيع المعاش :

لا يجوز بيع المعاش قبل استحقاقه ؛ لأنه متعلق بنفس الشخص ، فيجوز أن يموت فلا يستحقه فليس للمشتري المطالبة به ؛ لأنه لا يجب دفعه . وبيع المعاش بعد الاستحقاق فيه بيع الدين قبل قبضه ، فإن كان بدين فهو ممنوع لبيع الدين بالدين ، وإن كان الثمن حالًا فحكمه مفهوم من باب بيع الدين فارجع إليه إن شئت [2] .

---

(1) يقول الدردير : « وشروط صحة المعقود عليه : طهارة ، وانتفاع به شرعًا ، وعدم نهي وقدرة على تسليمه ، وعدم جهل به .. » . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، جـ 4ص 73 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 258 ، والتاج والإكليل جـ 4ص 258 ، 259 .

(2) أقسام بيع الدين بالدين ثلاثة :

1 - دين بمثله ، وهو فسخ ما في الذمة من مؤخر من غير جنسه أو في أكثر .

2 - بيع الدين بدين لغير من هو عليه .

3 - ابتداء الدين بالدين كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام . الشرح الصغير (3/34 ، 35) .

فإن كان المشتري من رتب المعاش ممن ترتب له فذلك جائز ؛ لأن الموهوب له يجوز له التنازل عن الهبة ممن وهبها بعوض وبغير عوض ، وإن كان المعاش من وقف أو وصية فحكمه كما سبق آنفا [1] .

بند [89] التوكيل

القانون الفرنسي : التوكيل عقد به يكلف شخص يسمى موكلًا شخصًا آخر يسمى وكيلًا بعمل شيء باسمه ولحسابه ، والمكتوب الذي يحقق الوكالة يسمى توكيلا .

فالتوكيل عقد يعمل بإرادة الطرفين فقط بلا مقابل ولا التزام فيه ملاحظ فيه نفس شخص الموكل والوكيل فموت واحد منهما يلغي التوكيل .

شكل التوكيل :

يجوز أن يكون التوكيل عرفيًا إذا كان العمل الموكل فيه لا يشترط فيه العلانية كالبيع والشراء والإيجار ، فإن كان عملًا مشروطًا فيه العلانية كالهبة أو ترتيب أو شطب رهن وجب أن يكون التوكيل رسميًا بواسطة مسجل العقود .

ويجوز كون التوكيل عامًا كما يكون خاصًا ، والعام يتناول كل أعمال الإدارة ولا يتناول بيعًا أو شراء أو رهنًا ولا أي عمل فيه ترتيب الملكية إلا بتوكيل خاص لأي تصرف من هذه التصرفات .

أهلية المتعاقدين :

يجب أن يكون الموكل حائزًا أهلية إتمام العمل الذي وُكِّل فيه ، ولا يشترط في الوكيل أي شرط ، فيجوز أن يكون قاصرًا أو امرأة متزوجة ، وهما غير مسئولين عن عملهما قبل الموكل إلا في حدود الأحكام العامة ؛ لأنه هو الذي وكلهما .

التزامات الوكيل :

يجب على الوكيل :

1 - يلزمه عمل ما كلف به ، فلو أهمل التنفيذ ونتج عنه ضرر فهو المسئول عن

---

(1) راجع باب الهبة مثلا في الشرح الصغير جـ 3 ص 339 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 6 ص 49 ، الكافي لابن عبد البر ص 528 .

التعويض المترتب على ذلك ، وهو ملزم بإتمام ما بدأه بعد وفاة الموكل إذا ترتب على الترك ضرر ، وهو ضامن للغش والخطأ الناتج عن إدارته ، والمسئولية المترتبة على الوكيل بأجر أشد من المترتبة على الوكالة المجانية .

2 – تقديم حساب للموكل عن تصرفاته وتبرير ما أنفقه مما تلقاه من نقود موكله ، وعلى الوكيل دفع فائدة المبالغ التي استخدمها لحسابه مادامت مستحقة للموكل من يوم استعمالها لحسابه ، وكذلك فائدة المبالغ التي بقيت بذمته وكانت مستحقة الدفع من يوم طلبها .

وإذا استخدم الوكيل شخصًا بدله فهو مسئول عنه في حالة ما إذا لم يأذن له موكله في استخدام الوكيل شخصًا بدله فهو مسئول عنه في حالة ما لم يأذن له موكله في استخدام أحد مكانه ، أو أذن له بدون تعيين شخص معين واستخدم عديم الأهلية ، وفي كل حالة للوكيل مقاضاة هذا البدل مباشرة .

وإذا تعدد الوكلاء فلا ضمان بينهم في المسئولية ، إلا إذا كان ذلك مشروطًا بينه وبين الموكل .

التزامات الموكل :

يلزم الموكل ما يأتي :

(1) يلزمه تنفيذ التعهدات التي عقدها وكيله في حدود التوكيل المعطى منه للوكيل .

(2) يلزمه دفع ما أنفقه الوكيل لصالح عمله ، وما تحمله من مصاريف لتنفيذ التوكيل ، وفائدة هذه المبالغ تحسب على الموكل من يوم الإنفاق ، ومادام لا يوجد خطأ منسوب للوكيل فلا يعفى الموكل من دفع النفقات المذكورة حتى ولو كان العمل لم ينتج أو لم ينتج ثمرته المطلوبة منه .

(3) يلزمه دفع ما اتفق عليه كأجر للوكيل نظير قيامه بالوكالة .

(4) يلزمه تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء التوكيل من غير إهمال منسوب إليه .

ضمان الوكلاء : إذا تعدد الوكلاء لشخص واحد فهم ضامنون متضامنون في التزامات الموكل المذكورة .

وإن تجاوز الوكيل حدود الوكالة فالموكل ليس ملزمًا بعمله هذا إلا إذا قبل هذا العمل وأقره عليه صراحة أو ضمنًا ، والوكيل مسئول قبل الغير عن هذا العمل دون الموكل إلا إذا كان الوكيل لم يطلع الغير على مدى وكالته .

نتائج الوكالة بالنسبة للغير : الوكيل يعمل مع الغير باسم موكله لا باسمه هو ، فلو تعاقد مع الغير فما يترتب على هذا التعاقد يكون باسم الموكل ، فتنتقل الملكية ويصبح دائنًا أو مدينًا مباشرة بدون وساطة .

نهاية الوكالة :

تنتهي الوكالة بعدة أشياء :

أولًا : بتنفيذ العمل الذي أُعطِي التوكيل لأجله .

ثانيًا : بعزل الوكيل صراحة أو ضمنًا ، كما إذا وكل آخر في نفس العمل الذي وكل فيه الأول ، وهذا العزل لا يعارض به الغير إلا إذا أعلن أو علم به ؛ وللموكل الحق في إلزام وكيله أن يسلمه سند الوكالة العرفي أو الرسمي .

ثالثًا : بتنازل الوكيل عن الوكالة ، فإن أضر التنازل بالموكل فعلى الوكيل تعويضه إلا إذا كان مستحيلًا عليه الاستمرار في الوكالة عرفًا أو لأعذار قاهرة .

رابعًا : بموت أحد الطرفين ، أو بمنعه من التصرف قانونًا ، أو إفلاسه ، أو توقفه عن الدفع ، أو تصفية عمله قضاء ؛ فتنتهي الوكالة .

فإن جهل الوكيل وفاة الموكل فما أتمه من العمل حال جهالته فهو صحيح ولحساب الموكل ، وعلى ورثة الوكيل إبلاغ وفاته إلى موكله ، وعليهم مباشرة العمل الذي يترتب على تركه إلحاق الضرر بالموكِّل [1] .

بند [90] التوكيل

التشريع الإسلامي : هو أن يكل شخص لآخر عمل شيء نيابة عنه مجانًا أو بأجر [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1984 إلى 2010 في الكتاب الثالث عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 134 : 139 .

(2) تناولت المادة 699 من القانون المدني المصري تعريف الوكالة ، ونصها : « الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل ، والمادة تقابل المادة 927 من التقنين العراقي ، والمادة 833 من =

والوكالة تجوز بما يدل عرفًا من قول أو كتابة أو إشارة ، ومن الوكالة عرفًا تصرف شخص في مال إخوته أو زوجه بلا نكير منهم إلا إذا ثبت التعدي . ويتقيد بشيء معين وبنص أو قرينة أو عرف . وأركان وجود التوكيل : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه وصيغة [1] .

وتصح النيابة في كل شيء يقبل النيابة كالعقود وفسخها وقبض حقوق وحوالة وإبراء . وكل شيء لا تجوز فيه النيابة لا يصح فيه التوكيل [2] ؛ لأن ما يطلبه المشرع من الشخص ثلاثة أقسام :

أولًا : ما كان مشتملًا على مصلحة منظور فيها لنفس الفاعل فلا تحصل له مصلحته إلا بالمباشرة وتمنع فيه النيابة قطعًا وذلك كحلف اليمين الحاسمة في حق أو غيره ، والإيمان بالله ورسوله ، والصلاة ؛ والصيام ، والنكاح بمعنى الوطء .

ثانيا : ما كان مشتملًا على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو ، وهذا لا يتوقف حصول مصلحته على المباشرة فتصح فيه النيابة قطعًا كرد العواري والودائع والمغصوبات ، وقضاء الديون والعقود وفسخها إلخ . فمصلحة هذه الأشياء إيصال الحقوق لأهلها ، وذلك مما يحصل بفعل المكلف لها وغيره ، فيبرأ المأمور بها بفعل الغير .

ثالثًا : ما كان منظورًا فيه لمصلحة من جهة الفعل ومن جهة الفاعل فهو متردد بينهما . وقد اختلف العلماء في هذا بأيهما يلحق كالحج فهو عبادة معها إنفاق مال ، فالإمام مالك ومن وافقه رأوا أن مصلحته ذاتية وهي تأديب النفس وتهذيبها فلا تجوز فيها الوكالة ، والإمام الشافعي وغيره قدموا الجهة المالية فأجازوا الوكالة .

= التقنين الأردني ، والمادة 698 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 266 . ولا يخرج هذا التعريف عن نظيره في الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 1449 من المجلة العدلية على أن « الوكالة تفويض أحد أمره إلى آخر وإقامته مقامه . وكذا نصت المادة 892 من مرشد الحيران على أن « التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم » . وهو ما تناولته المادة 906 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة . راجع حاشية ابن عابدين 415/4 . ونصت المادة 345 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك أن « الوكالة نيابة شخص لغيره في حق قابل للنيابة فيه بما يدل عليه عرفا » .

(1) يقول الدردير : « وأركانها أربعة : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ، وصيغة تعلم من قوله نيابة ، وهي تستلزم منيبًا ومنابًا » . الشرح الصغير جـ 3 ص 202 ، وحاشية الرهوني على الزرقاني جـ 6 ص 108 : 109 .

(2) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلًا للنيابة مثل البيع ، والحوالة ، والضمان ، وسائر العقود والفسوخ ، والتركة ... ولا تجوز في العبادات البدنية ، وتجوز في المالية كالصدقة ، والحج . بداية المجتهد (301/2) .

فإن كانت الوكالة رسمية فسندها كتابي رسمي ، وإن كانت عرفية فسندها الإثبات بالبينة أو بالعرف الجاري العمل به .

والتوكيل يوجد بإرادة الطرفين ، وقد يكون مجانًا بلا مقابل وقد يكون بأجر أو جُعْلٍ . وقد اختلف العلماء في لزوم الوكالة مطلقًا بمجرد العقد أو بلزومها متى وقعت بأجر أو جُعْلٍ فقط .

فقال بعضهم : لا تلزم الوكالة الوكيل مطلقًا وقعت بأجر أو جُعْلٍ ، وقال بعضهم : تلزم إن وقعت بأجرٍ كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة أو جعلٍ بأن يوكل على تقاضي دينه ولم يعين له قدره أو عينه ، ولكنه عين له من هو عليه . ففي الإجارة تلزمهما الوكالة بالعقد ، وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بالشروع .

وهو عقد ملاحظ فيه نفس الشخص الموكل والوكيل فينعزل الوكيل بموت موكله [1] .

شكل التوكيل :

التوكيل ككل العقود له حقيقة قائمة بذاتها وشروط خاصة لوجوده ، فلا يتكيف بموضوع الوكالة كالتشريع الوضعي الذي يحتم كون التوكيل رسميًا أمام مسجل العقود في إتمام العقود المشروطة فيها العلانية . وإنما قد يكون رسميًا ، وقد يكون عرفيًا بمحرر عرفي ، وقد يكون ببينة وكل هذا خاضع لمحض إرادة المتعاقدين .

غير أن التوكيل إما أن يكون مفوضًا (يعنى عامًا في جميع التصرفات) فيجب إثباته رسميا لتشعب العمل الذي وكل فيه ، ولأن الناس كثرت مشاحناتهم وادعاءاتهم الباطلة ، وإما أن يكون في أمر خاص كبيع أو شراء أو زواج أو طلاق مثلًا يعني في حالة خاصة فعلى الوكيل إثبات وكالته وإلا كان عمله غير مقيد للموكل بل يكون عمل فضولي ، فإن أجازه الأصيل نفذ وإلا بطل .

والتوكيل العام يتناول كل أعمال الإدارة ولا يتناول نقل الملكية إن لم يفوض له في ذلك . ولا يتناول الإقرار إلا إذا جعل له . فالوكالة تكون مخصصة بالعرف ؛ فالوكيل في القضايا يفعل كل ما يلزم لها مما نص عليه في التوكيل ، ولكن ليس له البيع ولا الشراء إلا بالنص عليهما مثلًا في التوكيل . والوكيل في إدارة عمل تجاري ليس له إبراء

---

(1) اختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل علي قولين .... بداية المجتهد (302/2) .

من دين عام أو تأجير أملاك الموكل إلا إذا نص على ذلك مثلًا ؛ لأن عمله محصور عرفًا في كل ما يتعلق بالتجارة وما يلزمها ، حتى إن من أباح له الموكل الإقرار عنه لا يقبل منه مجرد الإقرار ، بل يجب أن يكون أقر بما يشبه أن يكون حقًّا على الموكل ، ولم يقر لمن يتهم عليه ، وكان الإقرار من نوع الخصومة أو من نوع ما وكل فيه .

ويلحق بما وكل فيه ما يقتضيه التوكيل كالوكالة في البيع مثلًا ، فللوكيل طلب الثمن وقبضه ؛ لأن البيع يقتضيه ، وفي الشراء قبض المبيع وتسليمه ؛ ورد المبيع لأن الشراء يقتضيه .

أهلية المتعاقدين :

الوكالة عقد ككل العقود توجد بين موكل ووكيل ؛ فيشترط في الموكل أن يكون أهلًا للتعاقد ليلتزم بما التزم به وكيله [1] ، فوكالة الصبي مثلًا غيره باطلة اتفاقًا . فكل عمل يتم من وكيل الصبي فهو باطل لابتنائه على باطل . وأما الوكيل فلا يشترط فيه إلا التمييز فيصح لرجل أن يوكل صبيًّا عاقلًا مميزًا ، والرجل مؤاخذ بما فعله هذا الوكيل ، غير أن الصبي لا ضمان عليه فيما أتلف ؛ لأن موكله سلطه على ما وكل فيه ، ويجوز توكيل المرأة المتزوجة ؛ لأنها كاملة التصرف أهليتها تامة ، وهي مؤاخذة بعملها قبل موكلها ، وهذه الأحكام مطابقة تمامًا للتشريع الإسلامي .

التزامات الوكيل :

اختلف علماء المالكية :

1 – هل تلزم الوكالة مطلقًا وقعت بأجر أو بجُعل أو مجانًا بلا مقابل ؟

2 – أو هل تلزم متى وقعت بأجر من وقت العقد أو بجعل متى شرع فيها الوكيل ؟ ففي الإجارة تلزمهما بالعقد ، وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بالشروع ، وعلى هذا يلزم الوكيل عمل ما توكل فيه ؛ فلو أهمل الوكيل ونتج عنه تلف أو ضياع فالوكيل

---

(1) تناولت المادة 1/974 من القانون المدني المصري والمادة 692 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية شروط الموكل ونصها : « يجب أن يكون الموكل أهلا لإبرام التصرف الذي وكل فيه » . وتتفق مع المادة 1/93 في التقنين الأردني ، والمادة 1/834 من التقنين الأردني ، والمادة 699 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 266 .

مسئول ، وهو ملزم بالعقد إلى إتمام ما بدأه وكان يترتب على الترك ضرر [1] .

والأصل أن الوكيل أمين فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى فهو ضامن لما أتلف [2] أو غش [3] . وينعزل الوكيل بموت الموكل ، ولا فرق في الضمان بين الوكيل بأجر وبدون أجر ؛ لأن الضمان راجع للإتلاف أو الإهمال لا إلى الأجر في الوكالة وعدم الأجر فيها .

ويتعين في التوكيل المطلق على الوكيل ثلاثة أشياء :

1 – نقد البلد .

2 – أن يكون المشْتَرى أو العمل الموكل فيه لائقًا بالموكل .

3 – أن يكون الثمن ثمن المثل ، فإن خالف الوكيل في واحد من الثلاثة بأن تعامل بغير نقد البلد أو اشترى مثلًا ما لا يليق أو زاد الثمن عن المثل خير الموكل في القبول والرد [4] .

وعلى الوكيل تقديم حساب للموكل متى طلبه منه مثبتًا تصرفاته بأدلتها بلا فائدة لا على الموكل ولا على الوكيل ؛ لأن الفائدة محرمة شرعًا [5] .

ومنع توكيل الوكيل غير المفوض لما وكل فيه ؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته ، فإن رضي الموكل ، أو كان التوكيل مفوضًا ، أو كان الوكيل لا يليق به مباشرة لما وكل فيه كوجيه في حقير ، أو كان الموكَّل فيه كثيرًا جاز توكيل الغير ، ومتى جاز له التوكيل فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول ولا بموته . وينعزل كل منهما

---

(1) جاء في بداية المجتهد قوله « وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب ، والقبول كسائر العقود » . بداية المجتهد (302/2) . وقد جاء في المادة 703 مدني مصري ، الفقرة الأولى ، أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . وهو ما جاء في المادة 1479 من المجلة العدلية وبدائع الصنائع 27/6 ، 29 .

(2) قاعدة : الوكيل أمين فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى فهو ضامن لما أتلف .

(3) وصدق الوكيل بيمينه في دعوى التلف لما وكل عليه لأنه أمين . الشرح الصغير (209/3) .

(4) يقول ابن رشد : « شروط الوكيل أن لا يكون ممنوعًا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكِّل فيه ؛ فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون » . بداية المجتهد جـ 2 ص 301 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 202 ، 203 ، وحاشية الرهوني جـ 6 ص 108 ، 109 .

(5) تناولت المادة 705 من القانون المدني المصري وجوب تقديم الوكيل حسابا للموكل عن أعماله ، ونصها : « على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم حسابًا عنها ، والمادة تطابق المادة 706 من التقنين الكويتي ، والمادة 936 من التقنين العراقي ، والمادة 856 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 270 .

بموت الموكل الأول ، وله عزل كل منهما ، وللوكيل عزل وكيله ، فإن وكل الوكيل غير المفوض ولم يأذن الموكل وتلف المال ضمنه ؛ لأنه تعدى بتوكيل الغير عنه [1] .

الوكيلان إن وُكِّلا مرتبين فلأحدهما الاستبداد (الانفراد) إلا إذا شرط الموكل عدم انفراد أحدهما عن الآخر ، وإن وُكِّلا معًا فليس لأحدهما الاستبداد إلا إذا شرط الموكل لهما الاستبداد [2] .

فإن تصرف واحد منهم منفردًا مخالفًا شرط الموكل فهو ضامن لما تلف أو أتلف وحده ، فإن تصرفا معًا ونتج تلف أو إتلاف لسوء التصرف ضمنا مشتركين في الضمان غير متضامنين فكلٌّ يؤدي ما عليه ، إلا أن يكون التضامن مشترطًا بينهما من الموكِل .

فإن تصرف الوكيل والأصيل (الموكِّل) في شيء فالعقد الأول هو الماضي إلا بقبض للمبيع من الثاني إذا لم يعلم هو ولا المشتري منه ببيع الأول وإلا فالأول . فإن تصرفا معًا في زمن واحد فالمبيع بينهما ، وإن جهل الزمن فلمن قبض وإلا فبينهما ، وإلا اقترعا .

التزامات الموكل :

الوكيل يتعاقد باسم موكله ، فالبيع باسمه مباشرة والشراء له كذلك ، وكل عقد يتم من الوكيل . وكل عمل لصالح الموكل في حدود الوكالة يُلْزِم المَوَكِّل بنتائجه أيًا كانت .

ولكن يطالب الوكيل بثمن السلعة وبالمثمن ما لم يصرح بالبراءة منهما وما لم يكن العرف عدم طلبه بهما وإلا عمل به .

والوكيل إن كان غير مفوض فإنه يطالَب بالعهدة (أي بالعيب أو الاستحقاق) ما لم يحلف أو يعلم المشتري أنه وكيل ، وإلا كان المطالب به الموكَّل .

وإن كان الوكيل مفوضًا كان للمشتري الرجوع عليه لا فرق بين عدم علم المشتري أنه وكيل أو علم أنه وكيل فقط أو علم أنه وكيل مفوض ، وفي المفوض يصير للمشتري غريمان .

فإن تصرف الوكيل لمصلحة الموكل حسب نصوص التوكيل وجب على الموكِّل

---

(1) وانعزال الوكيل ، مفوضا أو لا ، بموت موكله ، أو بعزله إن علم الوكيل بالموت أو العزل . الشرح الصغير (211/3) .

(2) ولأحد الوكيلين على بيع ، أو شراء ، أو قبض مال ، أو دفعه الاستبداد أي الاستقلال ، إلا لشرط من الموكل بعدم الاستبداد ، فإن شرط عدمه فلا استبداد ، ويتعلق به الضمان . الشرح الصغير (210/3) .

دفع الثمن وما أنفقه الوكيل لمصلحة الموكل ، ودفع أجر الوكيل إن كان له أجر ، أو الوفاء بالجُعل إن كان هناك جُعل [1] .

فإن خالف الوكيل في مُشْتَرى عُيِّنَ ، أو سوق أو زمان عين له ، أو باع بأقل ولو يسيرا ، أو اشترى بأكثر مما سمَّى له أو بأكثر من ثمن المثل كثيرًا خُيِّرَ الموكِّل في القبول والرد ، وتُغْتَفَر الزيادة إلى $\frac{1}{20}$ من الثمن أو $\frac{2}{40}$ أو $\frac{3}{60}$.

وحيث خالف الوكيل لزمه ما اشتراه إن لم يرضه موكله ، فإذا وكله على شراء سلعة وعيَّنَ له الثمن فادعى الوكيل أنه زاد في الثمن زيادة يسيرة دفعها من ماله وطلب الرجوع على موكِّله بتلك الزيادة فإنه يصدق بيمينه حيث لم يطل زمن سكوته عن الطلب بتلك الزيادة ، سواء ادعى دفعها من ماله قبل أن يسلم السلعة للموكِّل أو بعد أن سلمها ، فإن طال زمن سكوته عن الطلب بها فلا تقبل دعواه ، ومحل حلفه عند عدم الطول ما لم يصدقه الموكل وإلا فلا يمين عليه . وإذا صدقه وطال الزمن وادعى دفعها له جرى حكم من ادعى دفع دين عليه .

تعدد الموكلين :

فإن تعدد الموكلون لشخص واحد في عمل واحد ، فإن اشترط الوكيل التضامن بينهم صح الشرط ، وإن لم يشترط فكلٌّ على نصيبه وفي حقه فقط ؛ لأن التضامن بين مدينين لا يكون إلا بالشرط الصريح . راجع الضمان [2] .

نتائج الوكالة بالنسبة للغير :

سبق أن أوضحنا أن الوكيل إنما يتعاقد باسم موكِّله ، ومتى تم التعاقد انتقل

---

(1) جاء في المادة 857 مدني أردني أن « على الموكل أداء الأجر المتفق عليه للوكيل متى قام بالعمل . فإن لم يتفق على الأجر ، وكان الوكيل ممن يعملون به فله أجر المثل ، وإلا كان متبرعا » . ويقترب من ذلك ما جاء في المادة 720 مدني مصري ، والمادة 704 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية التي تتفق مع المادة 857 مدني أردني أكثر من اتفاقها مع المادة المذكورة من المدني المصري ، وذلك في اعتبار الوكالة بأجرة هي الأصل ما لم يتفق على غير ذلك . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية حتى 273 .

(2) تناولت المادة 712 من القانون المدني المصري تعدد الوكلاء ونصها : « إذا وكل أشخاص متعددون وكيلًا واحدًا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفقوا على غير ذلك » . وتتفق مع المادة 714 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 274 .

الملك والإلزام والالتزام إلى الموكِّل مباشرة بلا واسطة شيء آخر .

نهاية الوكالة :

إن كانت الوكالة محددة في شيء معين فتنتهي بنهايته [1] .

وتنتهي الوكالة بعزل الوكيل صراحة ، ولا يكفي العزل الضمني ، فإن كان التوكيل بسند رسمي وجب أن يكون العزل كذلك ، وإن كان بإشهاد عرفي [2] كان العزل كذلك فإذا فعل الوكيل شيئًا بعد عزله كان فعله مردودًا عليه إن أشهد الموكل بعزله ، ولم يفرط في إعلام الوكيل أنه عزله حيث كان الإعلام ممكنًا ، ولا يشترط إشهار العزل عند حاكم ، فإن اختل شرط من هذين الشرطين لم ينفعه عزله ، ويمضي فعله بعد عزله له حتى إقراره متى كان مفوضًا .

وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزله وإن لم يعلم ، أما على أنه لا ينعزل بعزله إلا إذا علم فلا ينعزل قبله ، ولو أشهد به وأشهره عند حاكم .

وليس للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى قاعد الخصم ثلاث جلسات إلا لمقتضٍ كتفريط ، أو ميل مع الخصم ، أو مرض ، أو سفر .

وليس للوكيل عزل نفسه حينئذ إلا لعذر أيضًا .

وينعزل الوكيل مفوضًا أم لا بموت موكِّله إن علم ، والراجح عدم عزله حتى يعلم بموته ، والراجح عدم انعزاله حتى يعلم بعزله [3] .

تنازل الوكيل عن الوكالة :

متى كانت الوكالة التزامًا من الجانبين فليس للوكيل عزل نفسه إلا بالتراضي

---

(1) تناولت المادة 714 من القانون المدني المصري انتهاء الوكالة ونصها : « تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ، وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل » . وهو ما تناولته المادة 946 من التقنين العراقي ، والمادة 862 من التقنين الأردني ، والمادة 716 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 275 .

(2) قاعدة : الوكالة تنتهي بعزل الوكيل إما بسند رسمي ، أو بإشهاد عرفي .

(3) يقول الدردير : « وانعزل الوكيل مفوضا أو غير مفوض بموت موكله أو بعزله . وإن علم الوكيل بالموت أو العزل فليس له التصرف بعد العلم بما ذكر ، وإلا كان ضامنا ، وكذا ينعزل غير المفوض بتمام الموكل فيه » . الشرح الصغير جـ3 ص 211 . بداية المجتهد جـ 2 ص 303 ، 304 . حاشية الرهوني جـ 6 ص 110 ، 111 .

على فسخ عقد الوكالة أو كان استمرار الوكالة مستحيلًا عرفًا أو عادة ، وإن كانت الوكالة بلا أجر أي لا التزام فيها إلا من جانب واحد فللوكيل عزل نفسه متى شاء بشرط عدم إلحاق الضرر بمصالح الموكِّل .

ومتى زالت أهلية الوكيل الشرعية عن وقت التوكيل بطلت الوكالة كما إذا جن الوكيل لا إن أفلس أو توقف عن دفع ديونه أو حُكِم بإفلاسه وتصفية ديونه ؛ لأن هذه الحالة الطارئة تعرضت لماله لا لشخصه والوكالة مقصود فيها الشخص ، فإن خاف الموكل من تغيير حالته المالية فله عزله ، ولا ينعزل إذن من نفسه لطُرُوّ هذه الأحوال عليه . وأما المحجور عليه لسفه فإن كان الحجر في معنى ما توكل فيه فالظاهر أنه يعزل ، وإن كان يجوز مبدئيًا توكيل الصبي المميز إلا أن هذا مدخول عليه بخلاف الحجر للسفه فهو طارئ ، أما إذا وكّل سفيهًا مبدئيًا فالظاهر أنه كالصبي .

بند [91] الصلح

القانون الفرنسي : الصلح عقد يضع به شخصان أو أكثر حدًّا لخصومة قائمة أو منظورة الوجود بينهما بتنازل كل واحد منهم عن بعض حقوقه المتقابلة ، ولا يختلط الصلح بما يأتي :

أولًا : القبول : وهو اعتراف المدعى عليه بأن دعوى المدعي صحيحة .

ثانيًا : التنازل : وهو ترك المدعي دعواه المنظورة مع احتفاظه بنفس الحق المدعى به على أن يقاضي خصمه متى شاء .

ثالثًا : التحكيم : وهو عقد به يضع شخصان خصومتهما بين يدي حكمين ليفصلا فيها . فالصلح هنا مغاير لهذه الأشياء الثلاثة .

وصفات هذا العقد القانونية : هي أنه عقد تحريري ليكون دليلًا ، وهو عقد يوجد التزامات متقابلة من الطرفين ، وهو مراعى فيه الطرفان ، بمعنى أن كل طرف يتنازل عن شيء من حقه للطرف الآخر .

أهلية الطرفين :

يشترط لصحة الصلح أن يكون الطرفان أهلًا للتصرف وقادرين على ما تم الصلح فيه ، ويجب أن يكون الصلح في الشيء الذي يصح أن يكون في التجارة ؛ فلا يصح الصلح فيما يمس النظام العام كالأحوال الشخصية والدعوى العمومية .

نتائج الصلح :

وللصلح بين الطرفين ما للحكم النهائي الصادر من آخر مرحلة في القضاء ، فينتج ما يأتي :

أولًا : إن الصلح لا ينجر إلا إلى الشيء محل الخصومة فلا يتعداه لغيره ، فإن تملك أحد الطرفين حقًا طارئًا بعد الصلح مشابهًا لما تم الصلح فيه فلا ينسحب عليه الصلح .

ثانيًا : الصلح الحاصل بين أحد الخصوم وطرف آخر لا ينسحب على بقية الخصوم ؛ فلا يصح أن يعارضوا به إلا إذا كانوا طرفًا في الصلح .

لا وجود للصلح في المواضيع الآتية :

أولًا : متى كان هناك خطأ بين الطرفين في مادة الصلح (أردت الصلح في خصومة كذا وأنت أردته في خصومة أخرى) لاختلاف إرادة الطرفين فلا وجود للصلح .

ثانيًا : متى صدر حكم نهائي في الخصومة المراد الصلح فيها وقت الصلح أو قبله فلا وجود للصلح إذن .

ويصح إلغاء الصلح إلغاء خاصًا في المواضيع الآتية :

أولًا : إذا وجد خطأ في الشخص المراد عقد الصلح معه (أردت الصلح مع زيد فإذا هو عمرو) .

ثانيًا : إذا وُجِد غش أو إكراه في الصلح .

ولكن الخطأ في الحق والغبن الفاحش لا يستوجبان جواز الإلغاء [1] .

بند [92] الصلح

التشريع الإسلامي : الصلح اتفاق شخصين أو أكثر على وضع حد لنزاع بينهما مقابل عوض . فيشمل الصلح ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة ، وهبة أو هو [2] انتقال

---

(1) انظر البنود من 2044 إلى 2058 ، في الكتاب الخامس عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ، ص 146 : 149 .

(2) يقول الدردير : « الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه ، وهو على ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة وهبة ؛ لأن المصالح به إن كان ذاتا فبيع ، وإن كان منفعة فإجارة ، وإن كان ببعض المدعى به فهبة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 162 ، حاشية الرهوني جـ 5 ص 366 وما بعدها .

عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه [1] :

أولًا : الصلح على أخذ غير المدعى به بيع لذات المدعى به (كدعوى بحيوان أو طعام فأقر المدعى عليه أو سكت أو أنكر ، ثم صالح بنقود) فيشترط فيه شروط البيع وانتفاء موانعه ، وإلا كان صلحًا باطلًا .

ثانيًا : الصلح على غير المدعى به وكان بمنفعة فهو إجارة ، فإن ادعى دابة فصالحه على منافع مضمونة كانت إجارة (كسكنى منزل معين مدة معينة نظير ترك دعواه) فيجب تحقق شروطها في هذا الصلح ، وإلا كان باطلًا .

ثالثًا : الصلح ببعض المدعى به هبة ، فإن ادعى بخمسين فصالحه على عشرين فهبة للبعض المتروك وإبراء منه ، فيجب فيه تحقق شروط الهبة وإلا كان الصلح باطلًا .

وعلى هذا يكون الصلح في الدعاوى التي فيها إقرار أو سكوت أو إنكار [2] .

وبما أن الصلح تنازل من أحد الخصمين عن بعض حقوقه فيتحقق في اعتراف المدعى عليه وفي ترك الدعوى وفي التحكيم ؛ لأن المدعي يملك التنازل عن كل الدعوى وعن الحق المدعى به كله ، فمن باب أولى الصلحَ على ترك بعض حقه ، وهو أقطع للخصومة واللجج فيها حتى من الحكم النهائي ؛ لأن الصلح يصدر عن رضى وطواعية من الطرفين ، والحكم يصدر قسرًا وجبرًا كما يرى القاضي . فلم يستند المشرع الوضعي على علة عقلية تفسر عدم جواز الصلح في هذه المواضيع الثلاثة ، ولهذا كان التشريع السماوي معقولًا في إباحة الصلح فيها .

وكما يجوز أن يكون عقد الصلح تحريريًا يكون شفويًا ويجب الإشهاد فيه [3] ؛ لأنه قاطع لخصومة ، و الأحوط تسجيله ليكون دليلًا للطرفين عند التنازع ، والصلح يوجد

---

(1) تناولت المادة 549 من القانون المدني تعريف الصلح ونصها : « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 191 .

(2) الصلح جائز عن إقرار ، وإنكار ، وسكوت إن لم يؤد إلى حرام ، فإن أدى إليه حرم . روى الترمذي ، وحسنه أن النبي ﷺ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالًا ، أو أحل حرامًا » . الشرح الصغير (162/3) بداية المجتهد (293/2 ، 294) .

(3) قاعدة : عقد الصلح يكون تحريريًا أو شفويًا ويجب الإشهاد فيه .

التزامات متقابلة متى كان بيعًا أو إجارة ، وإذا كان هبة ففيه التزام من جانب واحد .

أهلية الطرفين : يشترط في المتصالحين أن يكونا أهلًا للتعاقد ؛ لأن الصلح ، كما سبق لم يخرج عن كونه بيعًا أو إجارة أو هبة ، فيجب وجود أهلية شرعية [1] لكل نوع كما توضح في بابه [2] .

وكل صلح جائز إلا ما أحل حرامًا أو حرم حلالًا [3] ؛ فيجوز الصلح عن دين بما يباع به [4] فيمنع في فسخ دين في دين ، أو صرف مؤخر ، أو بيع الطعام قبل قبضه ، أو ضع وتعجل ، أو أخرني وأزيدك ، وبالجملة يمنع الصلح في كل عقد لا يجوز شرعًا ابتداء .

ويجوز الصلح عن الافتداء عن اليمين [5] وعن مقتضى السكوت والإنكار بشروط :

1 ، 2 - إن جاز الصلح على دعوى كل من المدعي والمدعى عليه في الصلح على الإنكار ، وأما على السكوت فالشرط جوازه على دعوى المدعي فقط .

3 - إن جاز الصلح على ظاهر الحكم الشرعي بأن لا تكون هناك تهمة فساد، فلا يصح الصلح في شيء محرم يمس النظام العام ، أو ينقص حقًّا شخصيًّا مقررًا في القواعد الشرعية كنفي نسب ولد من فراش شرعي قائم بغير قواعده المقررة .

نتائج الصلح :

متى وقع الصلح مستوفيًا شروطه كان ملزما للطرفين [6] كل فيما التزمه ، ولا

---

(1) قاعدة : يجب وجود أهلية شرعية في عقد الصلح .

(2) تناولت المادة 550 من القانون المدني المصري والمادة 542 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية الشروط الواجب توافرها فيمن يعقد الصلح ، وهو ما تناولته المادة 669 من التقنين العراقي ، والمادة 552 من التقنين الكويتي ، والمادة 648 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : -

1 - يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

2 - وتشترط أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق » .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 191 .

(3) قاعدة : كل صلح جائز الا ما أحل حراما أو حرم حلالا .

(4) يجوز الصلح عن دين بشيء يباع به ذلك الدين أي بما يصح بيعه به . الشرح الصغير (163/3) .

(5) وجاز الصلح بشيء على الافتداء من يمين توجهت على المدعى عليه المنكر ، ولو علم براءة نفسه . الشرح الصغير (164/3) .

(6) قاعدة : متى وقع الصلح مستوفيا شروطه كان ملزما للطرفين .

ينجر الصلح لغير موضوعه ولا إلى أشخاص لم يتفقوا عليه ، فلا يكون حجة قِبَل الغير إلا إذا كان طرفًا فيه . ويصح للدائنين ، ومن لهم مصلحة ، أو عاد عليهم من الصلح ضرر المعارضةُ فيه ، وطلبُ إلغائه متى كان مضرًا بهم .

والصلح يحسم النزاع ظاهرًا فقط [1] ، فلو كان أحد المتصالحين ظالمًا في صلحه فلا يحل له في الواقع ونفس الأمر أَخْذُ ما تصالح عليه بينه وبين نفسه وربه .

فلو أقر الظالم منهما بعد الصلح فللمغلوب نقضه ؛ لأنه كالمغلوب عليه ، أو شهدت بينة لم يعلمها حال الصلح قربت أو بعدت وحلف أنه لم يعلم بها ، أو أشهد عند الصلح وأعلن أنه يقوم بها إذا حضرت ، أو صالح على إنكار لعدم وجود وثيقة ، ثم وجد وثيقته بعد الصلح ، أو نسيها حال الصلح ، ثم تذكرها بعده مع يمينه ، أو أشهد سرًا أنه له بينة سيقوم بها بعد حضورها ، فله في هذه الأحوال نقض الصلح وله إمضاؤه .

والخطأ في الشخص المراد عقد الصلح معه نقص تام في الإرادة ، والخطأ في مادة الصلح نفسها كذلك ؛ فالصلح باطل .

وأما صدور الحكم النهائي في الخصومة المراد الصلح فيها وقت الصلح أو قبله فلا يبطل الصلح ، ويكون المعول عليه هو الصلح ، ويكون عمل المتصالحين عدولا عن التمسك بالحكم وإقرارًا منهما بأن ما قدماه في دفاعهما فيه غير الحقيقة ؛ لذلك عدلا عن التقاضي إلى التفاهم الودي بما يرضي الحقيقة المعروفة بينهما ؛ لأن الخصومة كثيرًا ما تلجئ الخصوم إلى الادعاء الكاذب وتقديم أدلة كاذبة ، فلم يكن التشريع الوضعي موفقًا في هذه المسائل ؛ لأنه يجوز للطرفين عدم التمسك بنفس

---

(1) تناولت المادة 553 من القانون المدني المصري والمادة 545 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أثر الصلح في انقضاء الحقوق والإدعاءات التي نزل عنها أي من العاقدين نزولا نهائيا . وهو ما تناولته المادة 556 من التقنين الكويتي . والمادة 712 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه ، ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه » . وتقابل المادتين 655 و 656 من التقنين الأردني . فالمادة 655 من هذا التقنين تنص على مايأتي :

1 - يترتب على الصلح انتقال حق المصالح إلى البدل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محل النزاع .

2 - ويكون ملزما لطرفيه ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه » .

والمادة 656 تنص على أنه « يقتصر أمر الصلح على الحقوق التي تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها » .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 192 .

الحكم فمن بابٍ أولى الصلح على ما ينافيه أو يناقضه .

وبما أن الصلح لا يخرج عن كونه بيعًا ، أو إجارة ، أو هبة ، فحكمه مع الغش والإكراه يرجع إلى حكم الغش ، أو الإكراه في البيع ، أو الإجارة ، أو الهبة .

وإن استُحِق أو رُد بعيب أو أخذ بشفعة ما تم عليه الصلح ، كان مقومًا رجع المصالح على دافعه بقيمته يوم الصلح به سليمًا ، فإن كان مثليًا رجع بمثله [1] .

بند [93] عقد التأمين

القانون الفرنسي : وهو بشكل عام : عقد به يتعهد شخص يدعى مؤمِّنًا بدفع مبلغ معين عند حصول بعض حوادث معينة كالحريق ، أو الغرق ، أو الموت إلخ إلى شخص آخر يسمَّى مؤمنًا له الذي يتعهد مقابل ذلك بدفع مبلغ معين تحت اسم مكافأة التأمين .

والتأمين قسمان : تأمين بري ، وتأمين بحري ولا كلام لنا في البحري .

وأما التأمين البري فقسمان : تأمين على الشيء ، وتأمين على الشخص .

التشريع الخاص بالتأمين البري لم يُسنَّ له قانون في فرنسا ، أما في سويسرا فقانون سنة 1908 وفي ألمانيا سنة 1908 ، ولكن في فرنسا العمل في هذا من عمل العلماء المتشرعين .

أولًا : التأمين على الشيء : وهو عقد يتعهد فيه المؤمن ضد خسارة من شيء محدد تكون مادة التأمين قابلة لحدوثه بتعويض المؤمَّن له عن هذه الخسارة متى تحققت . ومادة التأمين متعددة منها : الحريق ، والغرق ، والثلج ، والمرض ، أو ضياع الحيوان إلخ .

فهو عقد ملزم للطرفين بواجبات متقابلة . وهو عقد حظ ، تارة يكون لصالح المؤمِّن إذا لم تحصل مادة التأمين ؛ فلا يدفع شيئًا مع تقاضيه المبلغ المتفق عليه ، وتارة يكون لصالح المؤمَّن له إذا تحققت مادة التأمين فيدفع له مكافأة التأمين أو التعويض .

---

(1) يقول ابن رشد : « الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته مايراعى في البيوع ؛ فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته » . بداية المجتهد جـ 2 ص 294 . الشرح الصغير جـ 2 ص 163 ، 164 .

القواعد المحددة لعقد التأمين هي :

أولًا : التأمين عقد تعويض ؛ لأنه عند حصول مادة التأمين يدفع المؤمن إلى المؤمن له قيمة التعويض ، فليس كاللعب والمراهنة ؛ لأنهما يحققان مكسبًا بدون رأس مال .

ثانيًا : التأمين عقد تبادلي ؛ لأن رأس المال المدفوع للتأمين يقابله التعويض الذي يُدْفَع عند الضياع أو التلف .

ثالثًا : التأمين يرتكز على قاعدة احتمالية : الملاحظات دلت على أن الحوادث التي قد تحدث احتمالًا قد أصبحت منظمة بقواعد ثابتة ينبني عليها حكم سليم كما دلت على ذلك الإحصاءات في التأمين ، لذلك قد توصلت شركات التأمين إلى التأكيد بطرق حسابية صحيحة بتقدير قيمة ما يدفع من الطرفين .

أنواع شركات التأمين :

شركات التأمين نوعان : تأمين مشترك وهي ما يديرها نفس الشركاء مباشرة ، وهم متضامنون في الخسارة . وتأمين بحصة معينة محدودة . وهذه لها شخصية قانونية مكونة من المشتركين ، وتديرها جماعة لحساب المؤمنين كنوع من وكلاء الأشغال ، ثم على الشركاء الربح الناتج عن هذه الإدارة .

تكوين عقد التأمين :

يتكون عقد التأمين من ثلاثة عوامل :

أولًا : الخسارة : وهو الخطر الذي من أجله يُعْقَد التأمين لاتقاء ما ينتج عنه ، وهي حادثة مستقبلة غير مؤكدة الحصول تشبه الشرط في العقد ، وتحقيق الخسارة يسمى نكبة .

ثانيًا : عمولة التأمين : وهو ما يتعهد المؤمَّن له بدفعه للمؤمن فهو ثمن الخسارة المقدرة بمعرفة المؤمن ، والخسارة مقدرة بالمدة الدورية وهي تُدْفَع سنويًا وغير قابلة للتجزئة ، فإن انتهى العقد وسط السنة وجب دفعها كلها مرة واحدة .

ثالثًا : التعويض : وهو مبلغ من النقود يتعهد المؤِّمن بدفعه للمؤمن له عند تحقق الخسارة ، ولا يصح أن يزيد عن ثمن الشيء التالف وقت النكبة ، فإن تحقق سوء نية المؤمن له فللمؤمن فسخ عقد التأمين ، ويحتفظ لنفسه بما دفعه المؤمن له من

عمولة زيادة عن طلب التعويض .

عقد التأمين يتحقق بمكتوب يسمى (بوليسة) [1] ومدوَّن به شروط التعاقد ، وهي لإثبات التعاقد لا لصحة وجوده ، ويجب أن يكون من صورتين .

بند [94] التأمين

التشريع الإسلامي : العقود التي فيها خطر وموكول أمرها للحظ ممنوعة شرعًا . فيجب أن يتعاقد الإنسان فيما يعلم على ما يعلم لهذا كانت مخالفة للتشريع الإسلامي فلا مقارنة فيها .

بند [95] التزامات المؤمن له

القانون الفرنسي :

المؤمَّن له ملزم بشيئين :

أولًا : قبل حصول الكارثة :

1 - عدم كتمان أي شيء وإملاء الحقيقة في البوليسة ، وإلا كان العقد لاغيًا إلا إذا كان تحرير البوليسة حصل بمعرفة ممثلي شركة التأمين بعد رؤية الشيء المؤمن عليه ، وعلى المؤمن له إخبار المؤمن بما يحدث ومن شأنه زيادة الخسارة .

2 - دفع عمولة التأمين : الأقساط تُدْفَع مقدمًا ، وفي حالة عدم الدفع لمدة 15 يومًا يرتفع حق التأمين ، فإن حصلت النكبة فلا يستحق المؤمن له تعويضًا ، وذلك بدون تنبيه رسمي أو غير رسمي .

ثانيًا - بعد الكارثة :

يجب على المؤمن له عند حصول الكارثة شيئان :

1 - عمل كل ممكن لحصر الخسارة التي تنتج عن النكبة .

2 - إخطار المؤمن في المدة المحددة في البوليسة .

---

(1) بوليسة : La police كلمة فرنسية بمعنى بوليسة أو وثيقة التأمين . انظر : قاموس المنهل ص 937 للدكتور سهيل إدريس .

واجبات المؤمن :

يجب على المؤمن تعويض المؤمن له عن الخسارة التي لحقته من حصول النكبة في حدود الشروط المبينة في البوليسة [1] .

نهاية العقد وتلاشيه :

الأسباب العادية لتلاشي عقد التأمين هي : دخول الوقت المحدد لنهاية العقد ، وفسخ العقد . والأسباب الاستثنائية هي الإفلاس ، أو التصفية القضائية ، وموت المؤمن له ، وبيع الشيء المؤمن عليه .

الوقت المشروط :

في العادة تحدد مدة العقد وغالبًا لمدة عشر سنوات ، وفي نهاية الأجل ينتهي العقد من نفسه بقوة القانون بدون احتياج لأي شيء آخر .

فسخ العقد :

تسري أسباب الفسخ في العقود العامة على عقد التأمين . وللمؤمن اشتراط فسخ العقد له خاصة في بعض الأحوال خصوصًا بعد حصول النكبة .

إفلاس أو تصفية قانونية :

هذان السببان يوجبان الفسخ من نفسهما ، لكن لما كان المؤمن له لا يقدر على دفع عمولة التأمين كان للمؤمن حق الفسخ .

موت المؤمن له :

بموت المؤمن له يبطل عقد التأمين [2] ولو اشترط في البوليسة أن الورثة ملزمون بتنفيذ شروط العقد ؛ لأن الشخص ملحوظ فيه فهو يبطل بقوة القانون .

سقوط الحق بمضي المدة :

يسقط الحق بعد مضي خمس سنوات حسب القانون . ولكن يشترط المؤمن أن

---

(1) قاعدة : المؤمن ملزم بتعويض المؤمن له عن الخسارة التي لحقته من حصول النكبة في حدود الشروط المتفق عليها في البوليسة .

(2) قاعدة : يبطل عقد التأمين بموت المؤمن له .

له سنة ونصفًا لدعواه ضد المؤمن له في دفع عمولة التأمين وستة أشهر لرفع دعوى المؤمن له ضد المؤمن في التعويض .

ثانيًا – التأمين على الشخص :

وهو عقد يتعهد فيه شخص (المؤمن) أن يدفع مبلغًا معينًا إلى المؤمن له ، أو إلى من يعينه في البوليسة نظير تلقيه مبلغًا معينًا من المؤمن له ، وذلك عند حصول أي حادث مستقبلًا (موت – إضراب إلخ) . والأكثر استعمال هذا التأمين على الحياة . ويختلف التأمين على الشخص عن التأمين على الشيء في أن التأمين على الشخص ليس تعويضًا ، وإنما هو عقد تبصُّر في العواقب وتوفير مخصص لحفظ مبلغ معين إلى شخص عند حصول ضرر ناتج عن حادثة معينة .

التأمين منظور إليه في ذاته فقط : يظهر التأمين على الحياة في أشكال مختلفة (التأمين في حالة الوفاة ، التأمين في حالة الحياة ، التأمين في حالتي الوفاة والحياة) .

التأمين في حالة وفاة المؤمن له أو شخص آخر نص عليه في البوليسة :

متى مات المؤمن له دفع المؤمن رأس المال المتفق عليه إلى الورثة أو إلى الشخص المعين في عقد التأمين ، ومتى مات الشخص المعين في العقد دفع المؤمن رأس المال إلى المؤمن له ولا يجوز التأمين على حياة طفل لم يبلغ 12 عامًا .

والتأمين على الحياة أن يتعهد المؤمن بدفع مبلغ معين متى بلغ المؤمن له سنا معينة أو شخص أفلس كذلك ، فمتى بلغ السن المعينة وجب دفع المبلغ المتفق عليه حسب نص العقد ، والتأمين حال الحياة أو الموت أن يتعهد المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له متى بلغ سنًّا معينة ، وإذا مات دفع لورثته مبلغًا معينًا كذلك .

وفي الواقع التأمين على الحياة أو الموت عمل مشترك بين جميع المؤمن لهم حيث يدفعون عمولة التأمين لتكون رأس مال يؤخذ منه التأمين المحدد لكل واحد حسب شروطه ، وشركة التأمين واسطة بين الأعضاء الذين لا يعرفون بعضًا في إدارة رأس المال المذكور وتوصيل حق كل واحد إليه .

وينتهي عقد التأمين متى جاء أجل العقد وتحقق الشرط في الحياة أو الموت أو كليهما .

بند [96]

التشريع الإسلامي : هذا بقية عقد التأمين الذي لا يجوز عقده ولا التعامل به أو هو ممنوع شرعًا ، وإذا وقع فهو باطل أصلًا بل ويؤدب عاقده ؛ لأن فيه مفاسد لا يصح تركها للضرر الذي يلحق المتعاقدين من عدم معرفة ما تعاقدا عليه ، بل أمر ذلك متروك للقضاء والقدر [1] .

(1) هذا هو رأي المؤلف في التأمين . غير أن هناك آراء أخرى تبيحه انطلاقا مما في التأمين من تعاون لدفع المخاطر المشتركة ، وشبهه بنظام الضمان الاجتماعي الذي تيسره الدولة ، فضلا عن ضرورته لممارسة الأنشطة الاقتصادية . ولهذا ذهب عدد من الباحثين إلى إباحة التأمين التجاري والتعاوني بصورهما المختلفة (مصطفى الزرقا ، عقد التأمين « السوكرة » وموقف الشريعة الإسلامية منه ، مطبعة جامعة دمشق 1962) ، ويشبه عند هؤلاء في الفقه الإسلامي ولاء الموالاة وضمان خطر الطريق . وقد أبيح لأنه عقد مستحدث ، والأصل في المعاملات والعقود الإباحة مالم يرد دليل الحظر (علي الخفيف ، بحث مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية عام 1965 ، وعيسوي أحمد عيسوي ، عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يوليو 1962 ص 167 وما بعدها) . وقد أجاز الكثيرون التأمين التعاوني دون التأمين التجاري (محمد أبو زهرة ، مجلة حضارة الإسلام ، دمشق 1961 ص 524 ، وحسين حامد حسان ومحمد بلتاجي في كتابيهما عن عقد التأمين) وقد انتهى ابن عابدين إلى تحريم التأمين البحري (حاشية ابن عابدين 170/4 ورسائل ابن عابدين 176/2) وهو يخالف ما ذهب إليه محمد عبده . انظر التأمين للدكتور محمد الدسوقي (ص 75) وقد أشار السنهوري لهذه الفتوى في الوسيط 1087/7 وما بعدها . وقد حرم عيسى عبده التأمين التجاري ، انظر كتابه التأمين ، الأصل والبديل ص 20 وما بعدها . وانظر أيضا : التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه للدكتور محمد الدسوقي ، وحكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين للدكتور حسين حامد حسان . وعلى الرغم من هذا الخلاف في النظر إلى التأمين التجاري فقد حرص القائمون على مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية على تنظيم أحكام التأمين على أساس قيام شركة مضاربة بين المؤمن لهم وشركة التأمين التي تتولى إدارة أموال التأمين واستثمارها ، حرصا على استبعاد أية شبهة في مشروعية التأمين ، طبقا لما جاء في المذكرة التوضيحية السابقة على المادة 747 ، وذلك باعتبار التأمين عقد تعاون لا معاوضة ، واستبعاد عنصر الغرر فيه ، فلا يبقى شك في مشروعيته .

نتيجة المقارنات من بند 77 إلى نهاية بند 96

يتفق التشريعان فيما يأتي :

البدل - الشركة - القرض - الوديعة - اللعب والرهان - المعاش مدة الحياة بلا مقابل - التوكيل - التزامات الوكيل - التزامات الموكل - ضمان الوكلاء - نهاية الوكالة (إلا في الإفلاس والتوقف) - الصلح - نتائج الصلح .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

عقد ترتيب معاش بمقابل - عقود الحظ (القضاء والقدر) - المعاش المرتب مدة الحياة - عقد التأمين .

بند [97]

القسم السابع

الكتاب الأول

ترتيب أملاك الزوجين وما يتبع ذلك

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : عقد أملاك الزوجين عقد ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية ، ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات المعيشة الزوجية .

العلاقة بين عقد ترتيب أملاك الزوجين وبين إشهاد الزواج (عقد النكاح) :

يجب عدم الخلط بين نفس الزواج وبين عقد ترتيب أموال الزوجين ؛ فهما يختلفان فيما يأتي :

أولًا : الزواج عقد خاص بشخصية الزوجين بينما عقد ترتيب أموال الزوجين خاص بترتيب أملاكهما .

ثانيًا : الزواج يكون أمام الموظف المختص بالأحوال الشخصية ، بينما عقد ترتيب أموال الزوجين يكون أمام مسجل العقود المدنية .

ثالثًا : الزواج حدده القانون بأن وضع له شروطًا ونتائج مقدمًا لا يمكن للطرفين ولا لأحدهما تغيير أي شيء أو زيادة أي شرط فيه ، بخلاف عقد ترتيب أموال الزوجين فهو موكول لحرية المتعاقدين يشترطان فيه ما يريانه لمصلحتهما أو لمصلحة أحدهما .

وبالرغم من هذه الفوارق فإن بينهما نقطًا مشتركة ؛ لأن عقد ترتيب الأموال نتيجة للزواج فينتج عن هذا ما يأتي :

أولًا : أن عقد ترتيب الأملاك خاضع في وجوده ونتائجه إلى شرط إعلان الزواج .

ثانيًا : أنه إذا لم يعلن الزواج كان عقد ترتيب الأموال لاغيًا .

ثالثًا : أن عقد ترتيب أملاك الزوجين يكون قابلًا للإلغاء كنتيجة لإلغاء الزواج .

رابعًا : أن عقد ترتيب الأملاك يبتدي وينتهي مع نفس الزواج .

صفات عقد ترتيب أملاك الزوجين القانونية :

أولًا : هو عقد ملزم للطرفين بالتقابل ، فلكل واحد حقوق وعليه التزامات للآخر .

ثانيًا : هو عقد بمقابل ؛ لأن واجبات كل طرف تقابل واجبات الطرف الآخر .

ثالثًا : عقد غير قابل للإلغاء حتى ولو برضى الطرفين المتعاقدين متى أعلن الزواج .

رابعًا : عقد يمكن لمريدي الزواج ترتيبه كما يرون بكل حرية ، ويجب أن يكون علنًا مشهورًا .

أشكال الزواج الأساسية :

ترك القانون حرية تحرير عقد ترتيب أملاك الزوجين ، ولكنه حصر هذه الحرية في اختيار شكل من أشكال أربعة ، ووضع شروطًا عامة لكل واحد منهم ؛ فلا يخرج الزواج عن أربعة أشكال ويسمى نظام الزواج :

الأول : شركة الزوجين (كمونيتي) (1) وهو تقسيم أملاك الزوج إلى ثلاثة أقسام : قسم عام للزوجين غير قابل للقسمة ، وقسم خاص بالزوج ، وقسم خاص بالزوجة ، وللزوج وحده حق إدارة الثلاثة أقسام كرئيس للشركة .

الثاني : بدون شركة أو استبعاد الشركة ، وهو أنه لا يوجد في هذا القسم أملاك عامة ، فكل زوج يحتفظ بأملاكه الخاصة . لكن للزوج وحده حق إدارة أملاكه وأملاك زوجته والانتفاع بغلتهما .

الثالث : فصل الأملاك ، وفي هذا القسم منافع الزوجين منفصلة فكل واحد منهما يحتفظ بملكيته لأملاكه واستغلالها وإدارتها وتترك الزوجة إلى زوجها جزءًا من إيرادها اشتراكًا معه في نفقات المعيشة .

الرابع : المهر ، وهو تقسيم أملاك الزوجة إلى مهر وغير مهر ، فالمهر ما جعلته المرأة مهرًا عند الزواج من أملاكها أو ما أُعْطِي إليها في عقد ترتيب أملاكها من أقاربها مثلًا ، وللزوج حق إدارته وغلته . وغير المهر ما احتفظت به المرأة خارجًا عن اعتباره مهرًا ولها إدارته وغلته فقط ، ويمتاز المهر بأنه غير قابل للتملك وغير قابل للسقوط بمضي المدة .

---

(1) كمونيتي : Communauté كلمة فرنسية بمعنى مُجَمَّع أو وحدة ، و Communauté des biens هو شيوع الأموال بين زوجين . انظر : قاموس المنهل ص 273 للدكتور سهيل إدريس .

نظام القانون العام أو النظام القانوني ، وهو أن يعقد زواجهما بدون تحرير عقد ترتيب أموالهما فيخضع الزوجان بموجب القانون إلى النظام العام وهو الشركة في الأموال أو الشركة القانونية 1393 م .

ملحوظة : نظام الزواج في الممالك الأوروبية يرجع إلى ثلاثة أقسام :

أولًا : البلاد التي قبلت مبدأ الشركة في الأموال ، وهي : بلجيكا وهولاندا والسويد والدانمارك .

ثانيًا : البلاد التي قبلت تفرقة أموال الزوجين وهي : إنجلترا ورومانيا وإيطاليا .

ثالثا : البلاد التي قبلت عدم الشركة ألمانيا .

وإنما كان النظام القانوني العام هو الشركة ؛ لأنه نظام قانوني فرنسي قديم كان معمولا به في العوائد الفرنسية ؛ ولأنه النظام المناسب للزواج ؛ لأنه يجعل مالهما واحدًا كما جعل الزواج شخصيتهما واحدة مندمجة في شخصين .

والنظام القانوني العام في ألمانيا يجعله بدون شركة . وفي إيطاليا يجعله كنظام المهر أو تفرقة المالين ، وفي روسيا وأمريكا وإنجلترا هو التفرقة التامة [1] .

بند [98] عقد الزواج

التشريع الإسلامي : عقد الزواج في التشريع الإسلامي هو العقد الذي يبيح للرجل أن يعاشر زوجته بلا استنكار ، أمام الناس [2] وينتج نتائجه القانونية المترتبة عليه من مصاهرة ونسب ، ويلزم الزوجين بواجبات متقابلة ، ولهذا كانت نتائجه كالآتي .

أولًا : إن عقد الزواج لا يتعدى شخصي الزوجين إلى ما لِهما إطلاقًا ؛ فلا علاقة للزوجة بمال زوجها غير واجب نفقة وتربية الأولاد فهي في مال الزوج [3] . ولا علاقة

---

(1) انظر : البنود من 1387 إلى 1398 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 2 : 5 .

(2) يقول الدردير : « وهو أي عقد النكاح في عرف الشرع عقد لحل تمتع وانتفاع وتلذذ بأنثى » . الشرح الصغير جـ 2 ص 75 . وقصده من قوله أمام الناس : توافر معنى العلانية والشهرة بين الناس ، لاستبعاد نكاح السر . وقد جاء تعريف عقد الزواج في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر عام 1984 بأنه « عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة » .

(3) اتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة ، والكسوة لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ =

للزوج بمال زوجته إطلاقًا لأي سبب كان ؛ فلها أن تبيع وتشتري وترهن وتوكل من تشاء لما تشاء بلا معارضة من الزوج إلا في حدود القانون العام من إسراف وتبذير أو سفه مثلًا ، وفي الهبة والعطايا ليس للزوجة أن تزيد عن ثلث مالها إلا بإذن زوجها (مذهب مالك) لأن مالها ملحوظ فيه أن يكون لأبنائها والأب وليهم .

ثانيًا : إن عقد الزواج واحد في جميع صوره وأشكاله وهو عقد ككل العقود ؛ وينصرف عند الإطلاق إلى أن الزوج هو الذي يملك حل العصمة فقط ، إلا إذا ظلم أو تعدى فللقاضي التطليق عليه عند امتناعه ، كما إذا أساء عشرته معها أو امتنع من الإنفاق عليها ، وطلبت الطلاق منه فامتنع ، ورفعت أمرها للقاضي ، وثبت لديه ما تدعيه أمره القاضي بالطلاق وإلا طلق عليه .

وللزوجة أن تغير هذا العرف العام فتشترط أن تكون عصمتها بيدها فلها ذلك . وحينئذ لها أن تطلق نفسها متى شاءت لسبب ولغير سبب .

فليس للزواج إذن دخل ما في مالية الزوجة ولا في أهليتها ، فهي كاملة الأهلية في التصرف قبل الزواج أو بعده بلا فارق إطلاقًا .

ومهما كانت الزوجة غنية فليس عليها أن تساهم في نفقات البيت ولا في نفقات الأولاد . فإن كان الزوج فقيرًا وكان له منها أولاد واحتاجوا للإنفاق للحياة أو التعليم وجب عليها أن تنفق من مالها ، على أن ترجع على الزوج متى أيسر كما سبق ذلك في النفقات ، فارجع إليه إن شئت .

والمهر ما يدفعه الزوج لزوجته قبل الزواج أو بسببه ، أو ما يدفعه أقاربها أو أقاربه لها من هدايا أو (نقوط) ، وهو ملك خالص للزوجة لا شأن للزوج به ككل أملاكها ، والمهر قابل للتملك وقابل للسقوط بمضي المدة ككل الحقوق المدنية [1] .

= ﴿ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة آية 233) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : « ولهن عليكم رزقهن ، وكسوتهن بالمعروف » ، ولقوله لهند : « خذي ما يكفيك ، وولدك بالمعروف » فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها على الزوج . بداية المجتهد (79/2) .

(1) الصداق ، ويسمى مهرًا ، وهو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها ، والاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد (في المذهب المالكي) ويشترط فيه شروط الثمن من كونه متمولًا ، طاهرًا ، منتفعًا به ، مقدورًا على تسليمه ، معلومًا . الشرح الصغير (97/2) .

وقد تنبه علماء القانون المدني الألماني وهو أحدث القوانين المدنية فأخذوا بنظرية التشريع الإسلامي ، فالنظام العام عندهم بدون شركة . ولكن هل للزوج الحق في مد يده للإدارة أو في أخذ نفقة منه كما ينفق هو ؟ أظن نعم له ذلك ، فليراجع .

وهذه هي حرية المرأة في القوانين الوضعية ، فإنها ولا شك قبل الزواج كانت متمتعة بكامل حرية التصرف وأهليتها كاملة ، ومتى تزوجت فقدت أهليتها وخضعت لزوجها ، بل وساهمت في نفقات المنزل والأولاد ؛ فأين هذا من التشريع الإسلامي السمح الحر ، الذي ساوى بين المرأة والرجل ، وحفظ للمرأة كامل حريتها في التصرف في مالها .

وقد وضعت قوانين لكسب المرأة وجعلت أجرتها تحت تصرفها فقط ، فأعدوها طفرة لما ظفرت به المرأة من حرية التصرف فيها ، وسيرجعون للتشريع الإسلامي على مدى الأيام والدهور ؛ فهو من حكيم حميد يعلم مصلحة العالم ويهديهم الصراط السوي المستقيم ، ولله في خلقه شئون فهو المتصرف المطلق ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ﴾ (1) .

بند [99] قاعدة حرية التعاقد الخاص بأموال الزوجين

القانون الفرنسي :

القاعدة : إن القانون لا يتحكم في شركة الزوجية فيما يختص بأملاك الزوجين إلا إذا لم يكن بينهما اتفاق خاص رأوه ملائمًا لهما ، والقانون لم يخلق شيئًا خاصًا بل طبق القاعدة العامة في العقود بين الزوجين وهي : أن الاتفاقات تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين .

وينتج من هذه القاعدة العامة ما يأتي :

أولًا : يمكن للزوجين اختيار نظام ترتيب أموالهما بكامل الحرية .

ثانيًا : يمكنهما اختيار نظام من النظم الأربعة فقط تاركين التفصيل للقواعد التي وضعها القانون لكل نظام أو اختيار نظام وتغيير شروطه حسب إرادتهما .

ثالثًا : يمكنهما اختيار نظام لأموالهما مركب من هذه النظم الأربعة ، كاشتراط

(1) سورة هود الآية : 118 .

عدم قابلية أملاك الزوجة للتمليك ، ولو بمضي المدة في نظام فصل أملاك الزوجين أو الشركة الزوجية .

تقييد حرية الطرفين في التعاقد : لا يجوز للطرفين المتعاقدين التعدي أو المساس بالنظام العام ولا بالآداب ، ولا يجوز اشتراط ما يناقض حقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج كعدم المبيت مع الزوج ، أو عدم أهلية المرأة حتى مع إذن الزوج مثلًا ، ولا الحد من سلطة الأب على أولاده بأي شكل حتى في اختيار دينهم وتعليمهم ، ولا حق الوصاية لأحد الزوجين بعد وفاة الآخر ، ولا تحديد سلطة الزوج كرئيس لشركة الزوجية ، ولا تغيير نظام الميراث سواء بين الزوجين أو من أولادهما . ولا يجوز للزوجين اختيار قواعد العادات القديمة التي ألغيت بعد عمل القانون الفرنسي المدني ، لكن لهما إدخال شروط في العقد على أنها إرادتهما في أي نظام من النظم .

وقد منع القانون الزوجة أن تتنازل عن أي حق من حقوقها الخاصة بأجرة عملها المنصوص عليها في قانون سنة 1907 سواء في عقد ترتيب الأموال أو في عقد خاص ، وليس لها أن تغير في أهليتها للتعاقد أو عدم أهليتها ؛ لأنها من النظام العام وقد رتبها القانون .

ولا يمكن تحديد نظام ترتيب الأموال بمدة معينة ، أو اشتراط الانتقال من نظام إلى نظام في المستقبل بعد تحديد عقد الزواج .

قاعدة عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين :

الاتفاقات المنظمة لأموال الزوجين يجب تحريرها قبل الزواج . وبعد إتمام الزواج لا يجوز تغيير ولا تبديل أي شيء في هذه الاتفاقات حتى ولو برضا الطرفين المتعاقدين . هذه القاعدة خالفت النظام العام للعقود من أن من عقد عقدًا جاز له تغييره وتبديله بل وإلغاؤه ما دام الطرفان متفقين على ذلك .

وإنما منع القانون التغيير والتبديل ؛ لأنه في مصلحة الزوجين . فلو أن باب التعديل جاز لعمل كل منهما على حمل الآخر على تنفيذ رغباته ، فيحصل نزاع عائلي لا يجعل المعيشة الزوجية سهلة التحمل ، فسُدّ الباب حسمًا للنزاع المستقبل ، ولو أبيح التغيير والتبديل لضاعت مصلحة الغير المتعامل مع الزوجين ؛ لأن هناك فرقًا كبيرًا في التعامل مع الغير في مختلف نظم الزوجية ، فحفظًا لحقوق الغير من الضرر المحقق جعل العقد ثابتًا لا يجوز تغييره بأي حال . وينتج عن هذه القاعدة :

أولًا : لا يجوز للزوجين ترك نظام أموالهما الذي عمل قبل الزواج لوضع نظام آخر مكانه .

ثانيًا : لا يمكنهما تغيير نتيجة وضعها القانون لحكم ترتب على النظام المتخذ منهما قبل الزواج ولا تغيير شرط وضعه القانون للنظام الذي ارتضوه لهما .

ومبالغة في عدم الإخلال بهذه القاعدة منع القانون الزوجين المطلقين متى أرادا الرجوع لبعضهما من اتخاذ نظام آخر لأملاكهما غير النظام الأول في زواجهما الأول خوفًا من التوصل بالطلاق ثم الزواج إلى تغيير نظامها الأول .

وكل شرط أو تغيير يخالف هذه القاعدة يعتبر باطلًا بطلانًا عامًّا ؛ لأنها من الحقوق العامة ، ولكل شخص ذي منفعة أن يدعيه .

ويستثنى من هذه القاعدة الغير ؛ فإن أعطى الغير شيئًا للزوجين أو لأحدهما بعد أن وضعا نظام أملاكهما جاز له اشتراط ما يشاء في عطيته ، ولو خالف ذلك نظام أملاكهما المذكور .

ويستثنى من عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين بعد تحريره ما يأتي :

تحرير عقد نظام أموال الزوجين قبل إتمام الزواج كالوصية حال الحياة يجوز إدخال تغيير وتبديل فيه . ولكن متى أعلن الزواج - يعني تم - فلا يجوز أي تغيير ولا تبديل مهما كانت الدواعي والظروف . ويشترط لصحة التغيير شرطان :

الأول في الشكل :

يشترط أن يكون التغيير أمام مسجل العقود في عقد مسجل كالعقد الأصلي ، فيلزم حضور ورضاء أطراف العقد الذين حضروا وتمموا العقد الأول ، ويكون حضورهم في وقت واحد لإحداث التغيير .

ويشترط لمعارضة هذا التغيير للغير شرطان :

(1) يجب أن يكون محررًا تبعًا لأصل العقد في السجل ليكون معه عقدًا واحدًا .

(2) على مسجل العقود عند تسليم صورة من عقد ترتيب الأموال أن ينقل معه التغيير الذي تم .

فإذا أهمل مسجل العقود هذين الشرطين فلا يعارض الغير بهذه الزيادة أو التغيير ،

لكن هذا يجعل مسجل العقود مسئولا قبل الزوجين عما لحقهما فيحكم عليه بالتعويض عن الضرر المذكور .

قاعدة علانية عقد ترتيب أموال الزوجين :

عقد ترتيب أموال الزوجين يجب أن يكون علنًا ومحررًا بمعرفة مسجل العقود المدنية .

وبما أن هذا العقد هام جدًّا حيث يضع مصلحة الزوجين إلى الأبد في نظام لا يغير ، لذلك وجب وجود شخص ملم بالقانون ، له خبرة بالأعمال ، وهو مسجل العقود بجوار المتعاقدين . وليس بلازم حضور الخطيبين بشخصيهما فيجوز لهما أو لأحدهما توكيل الغير في الحضور عنهما بتوكيل رسمي خاص منصوص فيه على شروط عقد ترتيب الأموال وما يراد إدخاله في العقد .

قاعدة إشهار عقد ترتيب أموال الزوجين :

علم مما سبق خطورة هذا العقد وما يترتب عليه من تصرف الزوج وعدم أهلية الزوجة ، فقد رأى القانون إشهار هذا العقد ليعلم الناس على أي نظام حصل الزواج لتكون معاملتهم قائمة على أساس صحيح .

ولأجل إشهار هذا العقد يجب :

أولًا : على مسجل العقود تسليم الطرفين وقت إمضاء عقد ترتيب أموال الزوجين شهادة تتضمن اسمه ، ومحل إقامته ، وأسماء ومحل إقامة وصناعة الزوجين ، وتاريخ هذا العقد . ومذكور بهذه الشهادة أنه يجب تقديمها إلى موظف الأحوال الشخصية قبل إعلان الزواج .

ثانيًا : على الزوجين تسليم الشهادة المسلمة لهما من مسجل العقود الذي سجل لهما عقد ترتيب أموالهما ، فإن لم يعملا عقدًا بذلك وجب عليهما إجابة موظف الأحوال الشخصية عند سؤاله عن ذلك بالنفي الصريح .

ثالثًا : على موظف الأحوال الشخصية أن يسأل الزوجين أومن له حق إجازة زواجهما : هل عملا عقدًا لتنظيم أموالهما ؟ وعليه أن يسجل الجواب في إشهاد الزواج نفيًا أو إثباتًا مع ذكر التاريخ ، واسم من سجله ، ومكانه إلخ من غير تعرض إلى نوع النظام الذي اختاره الزوجان في عقدهما .

فإن أراد أحد معاملة زوجين فعليه طلب مستخرج رسمي من عقد زواجهما . فإن لم يكن به أنهما حررا عقدًا لترتيب أملاكهما عرف يقينًا أنهما على نظام الشركة في الأموال . وإن رأى فيه عقدًا ذهب لمسجل العقود المدني . وربما لم يعرف منه شيئًا فعليهما تقديم مساعدتهما لمعرفة نوع نظام زواجهما .

فإن أخطأ مسجل العقود في واجبه أو موظف الأحوال الشخصية فيجوز لمن لحقه ضرر أن يطلب التعويض علاوة على محاكمتهما جنائيًا .

في ألمانيا وسويسرا أنشئت أقلام في كل قسم مدني بها سجلات لتسجيل شروط عقد ترتيب أموال الزوجين . فإن أراد الزوجان معارضة الغير بشروطهما وجب عليهما تسجيل هذه الشروط بالسجل المذكور ، وهو مُبَاحٌ لكل شخص يطلب منه صورة عن أي شروط [1] .

بند [100] نظم الزواج

التشريع الإسلامي : كل هذه النظم ليس لها وجود في التشريع الإسلامي ؛ لأن الزواج فيه مبني على الانفصال التام في مال الزوجين [2] ، فاضطر التشريع الوضعي لهذه الشروط والأحكام والنظم تنسيقًا لأحكام الزواج الأربعة السابقة ، فلا مقارنة .

بند [101] قواعد خاصة بأهلية القاصر

القانون الفرنسي : القاصر الذي يملك أن يتزوج أهل لعمل عقد ترتيب أملاكه مع خطيبته ولقبول كل الشروط الخاصة بذلك ، ولقبول الهبات التي يشملها العقد المذكور بشرط حضور الأشخاص الذين يكون رضاهم في عقد الزواج ضروريًا .

وهذه القاعدة مستثناة من القواعد العامة في ثلاثة مواضع :

أولًا : في الأعمال القانونية دائمًا القاصر ممثَّلٌ بمن ينوب عنه ، وهو وصيه ؛ فلا يحضر بشخصه ولا يباشر أي عمل فيها خصوصًا الذي لم ترفع عنه الوصاية . بخلاف عقد ترتيب أملاك الزوجية فيحضر شخصيًا ، وهو الذي له الصفة الأولى في هذا العقد ، ولكن بحضور من يؤخذ رأيهم في الزواج ؛ لأن عقد ترتيب

---

(1) انظر : البنود من 1387 إلى 1398 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 2 : 5 .

(2) لقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُوا۟ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ ﴾ . سورة النساء آية : 32 .

الأموال تابع لعقد الزواج وهو الذي يتولاه أصالة .

ثانيًا : عقد ترتيب أموال الزوجين عقد خاص بالمالية ، وكان الواجب يقضي بحضور الوصي الذي له الإشراف والإدارة لأموال القاصر ، ولكن القانون جعل حضور من لهم الإذن في الزواج فقط هو الشرط الأساسي في صحة عقد ترتيب الأموال الذي يباشره القاصر خوفًا من تعنت الوصي أو تحكمه فيما لا يوافق أقارب الزوج . وإن كان الغالب أن الوصي أو الولي دائمًا هو من له حق الإذن في الزواج ، ولكن قد يكون غيره .

ثالثًا : ليس للقاصر في الحقوق العامة أن يهب للغير من أملاكه شيئًا ، ولكن يجوز للقاصر في عقد ترتيب أموال الزوجين أن يهب لزوجته ما يراه تسهيلًا للزواج .

شروط أهلية القاصر :

يشترط في أهلية القاصر لصحة عقد ترتيب أمواله مع خطيبته شرطان :

أولًا : أن يكون أهلًا لعقد زواجه .

ثانيًا : حضور بعض أشخاص يكون حضورهم في الزواج ضروريًا قانونًا ، ويجب قبولهم أيضًا شروط العقد فمجرد الحضور لا يكفي ، ويجوز إنابة شخص يمثلهم بتوكيل رسمي خاص يكون منصوصًا فيه على ما يمكن قبوله من شروط العقد .

إلغاء عقد ترتيب أملاك الزوجين :

متى غاب شرط من شروط الشكل كعمل العقد عرفًا دون حضور مسجل العقود فيعتبر العقد غير موجود ، ويلغى العقد إن أصابه نقص في إرادة المتعاقدين أو حصل فيه غش ، أو خطأ ، أو تأثير بإكراه ، أو عدم أهلية أحد الطرفين .

واختلف العلماء في الإلغاء هل هو إلغاء عام أو إلغاء خاص ، ويترتب على كلٍّ حكمه ، ونتيجة الإلغاء هي اعتبار العقد كأن لم يكن ، واعتبار الزوجين متزوجين على الشركة القانونية وهو القانون العام [1] .

---

(1) انظر البند 1398 في الباب الأول من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ، ص 5 .

بند [102] أهلية القاصر في الزواج

التشريع الإسلامي : تقدم في أهلية المتعاقدين أن عقود القاصر صحيحة في ذاتها موقوفة على إجازة وليه [1] ، فإن رأى الولي أو الوصي المصلحة للقاصر في إجازة عقوده أجازها ، وإن رأى غير ذلك رفضها .

وزواج القاصر داخل في عقوده ؛ لأنه عقد فيه مال وهو المهر الذي يدفعه لزوجه ؛ فهو خاضع لرقابة وصي القاصر أو وليه .

بند [103] الشركة الزوجية القانونية

القانون الفرنسي :

نظرة أولية : الشركة الزوجية القانونية هي التي تقسم أملاك الزوجين ثلاثة أقسام مختلفة : قسم عام مشترك بينهما على السواء في ملكيته مدة الزواج والذي يقسم بينهما مناصفة عند نهاية الزواج ، وقسم خاص للزوج ، وقسم خاص للزوجة .

تغيير قانوني حصل بق سنة 1907 أوجد هذا القانون مالًا رابعًا ينتج من أجر عمل الزوجة فلها عليه الإدارة لصالح النفقات العائلية ، وللزوج إدارة الثلاثة الباقية كرئيس للشركة .

شركة الأموال الزوجية تكون قانونية واتفاقية . فهي قانونية عند عدم وجود عقد بين الزوجين عُمِل قبل الزواج لترتيب أموالهما ، واتفاقية عند جعل أساس ترتيب أموالهما الشركة الزوجية ، ولكنهما أدخلا بعض شروط وقيود وتخصيص في العقد عليها فهي شركة في الأموال اتفاقية .

طبيعة شركة أموال الزوجية القانونية :

تعتبر هذه الشركة في نظر القانون :

أولًا : أن هذه الشركة تكون نوعًا من الشركات المدنية ؛ لأن فيها أموالًا وضعت شركة وربحًا وإيراد عملٍ للمستقبل وللاقتصاد والتوفير . وتقسم أموالها عند حلها ، ولكن لها أحكام خاصة بها لا تعم الشركات العادية ، وهي :

---

(1) قاعدة : عقود القاصر صحيحة في ذاتها موقوفة على إجازة وليه .

1 - أن الشركة بالمعنى الحقيقي غايتها تحصيل ربح مالي بخلاف شركة أموال الزوجين فهي اتفاق ضيق لجمع أموالهما كما جمع الزواج شخصيهما بقصد سد احتياجات العائلة .

2 - في الشركة العادية يحدد الطرفان الإدارة والتصرف بحرية تامة ، بخلاف الشركة في أموال الزوجية فإن القانون فرض رئيسًا وهو الزوج وحدد سلطته مقدمًا .

3 - في الشركة الاعتيادية يحدد الشركاء متى تبتدئ ومتى تنتهي الشركة ، بخلاف الشركة الزوجية فإن القانون حددها بشكل حتمي .

4 - في الشركات الاعتيادية ليس للشركاء إدخال ما يؤول إليهم من ميراث أو هبة في رأس مال الشركة ، ولا اشتراط جميع الربح لشخص واحد ، ولا إعفاء حصة من الخسارة العائدة على الشركة ، بخلاف شركة أموال الزوجين ؛ فإن المنقول الذي يملكه الزوجان حال الزواج يدخل في الشركة ، ويمكن شرط ترك الشركة كلها لأحد الزوجين مستقبلًا ، كما يجوز للزوجة اشتراط أخذ مالها بدون تحمل أي دين أو مسئولية مالية . كذلك أباح القانون للزوجة التنازل عن الشركة لكي لا تتحمل أي مسئولية مالية تعاقد عليها زوجها بصفته رئيسًا للشركة .

ثانيًا : أن هذه الشركة ليست شخصًا معنويًا ، وهل شركة أموال الزوجين تكون شخصًا معنويًا قانونيًا غير الزوجين أو هي أملاك غير مقسومة بين الشريكين بلا نظر لشخصية معنوية ، وهو الصحيح ؟ خلاف [1] .

بند [104] تكوين شركة مال الزوجية

أولًا - رأس مال الشركة :

(أ) المنقول :

القاعدة أنه يدخل في الشركة جميع المنقولات التي تكون ملكًا للزوجين وقت عقد الزواج [2] ، والمنقولات التي يملكها الزوجان مدة زواجهما . والمراد بالمنقول

---

(1) انظر : البندين 1399 ، 1400 من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 6 .

(2) قاعدة : يدخل في شركة مال الزوجين جميع المنقولات التي تكون ملكًا للزوجين وقت عقد الزواج .

هنا ما عدا العقار من أي نوع .

ويستثنى من هذه القاعدة المنقولات الآتية التي لا تدخل في شركة أموال الزوجين :

1 - الحقوق المتعلقة بالشخص ، تبقى الحقوق المتعلقة بالشخص إلى صاحبها ، وذلك كالمعاش من الخدمة أو كالنفقة أو المعاش مدى الحياة الذي لا يجوز الحجز عليه .

فما دامت الزوجية قائمة يدخل إيراد هذه المعاشات في شركة أموال الزوجية كإيراد مع بقاء ملكيتها لصاحبها خاصة ، بحيث إنه عند انحلال الشركة يأخذها صاحبها كاملة وحده فقط ولا تدخل في مجموع ما يقسم بين الزوجين ، ولكن يدخل في الشركة حقوق التأليف في أي فن .

2 - المنقولات التي وُهِبَت لأحد الزوجين من الغير بشرط عدم دخولها في شركة أموال الزوجية تبقى كما اشترط المعطي ملكًا خاصًّا لمن أُعْطِيتَ له وهو شرط جائز ؛ لأن عقد الزوجين لا يقيد الغير .

3 - المنقول الذي حل محل ملك أحد الزوجين الخاص يبقى خاصًّا ، ولا يدخل في شركة أموال الزوجين .

4 - المنقول الذي له صفة شخصية يبقى على ملك صاحبه ، كتذكار العائلة أو كتاب خط يد ليس مطبوعًا .

5 - التأمين على الحياة أو المعاش مدة الحياة المشترط دفعه إلى من يبقى حيًّا من الزوجين يعتبر منقولًا ، ولا يدخل في أموال الزوجين بل يبقى ملكًا خاصًّا لمن اشترط له .

(ب) العقار :

لأجل تحديد ملكية عقار الزوجين في شركة أموالهما تتبع القواعد الآتية :

أولًا : يبقى العقار الموجود وقت الزواج على ملك صاحبه ملكًا خاصًّا لكل واحد ، ولا يدخل في شركة أموالهما ، ويدخل في هذا العقار الذي كان على ملكية كل واحد منهما والذي كان واضعًا يده عليه وإن تملكه مدة الزواج ؛ لأن التملك بوضع اليد يرجع إلى الماضي .

ويلحق بهذا العقار أيضًا العقار الذي عادت ملكيته لأحد الزوجين في مدة

الزواج وكان مالكًا له قبل الزواج كبيع أُلْغِيَ لأي سبب ، أو كهبة استردت لنكران الجميل مثلًا .

ويستثنى من ذلك العقار المتمَلَّك بالشراء بعد عقد ترتيب أموال الزوجين . فإنه يدخل في شركة أموال الزوجية ، إلا إذا كان بين الزوجين شرط في هذا فينفذ ، ولا يدخل العقار الموهوب ولا المبادل به .

ثانيًا : يبقى على ملكية كل زوج العقارات المتملكة بسبب الميراث أو الهبة أو الوصية . فلو أُعطِي لهما عقار مشترك بينهما فإنه يدخل في أموال شركة أموال الزوجية .

ثالثًا : يدخل في شركة أموال الزوجية العقار المتملك بعوض مدة بقاء الزوجية ويسمى أموال الزوجين .

ويفرض القانون أن كل عقار تُمُلك بعد الزواج مِلْكٌ لشركة أموال الزوجين ، وعلى من يدعي غير ذلك واجب الإثبات أنه تملكه من ميراث أو هبة أو وصية مدة الزواج ، أو وضع يده قبل الزواج وأصبح مالكًا بعد الزواج بوضع يده ، أو عاد إلى ملكه بعد الزواج كفسخ بيع أو استرداد هبة ، وللقاضي كامل الحرية في تقدير ما يقدم إليه من الأدلة .

ويستثنى من هذه القاعدة ما يأتي فيبقى ملكًا خاصًا بالرغم من أنه عقار متملك بعوض مدة الزوجية :

1 - **إصلاح العائلة وذلك في حالتين :**

(1) أحد من له على الزوجين ولادة ، عليه دين له فأعطاه عقارًا نظير دينه الذي عليه .

(2) أو أعطى له عقارًا ليدفع عنه دينًا للغير .

ففي هاتين الحالتين يبقى العقار المعطى ممن له عليه ولادة ملكًا خاصًا بمن أعطي له بالرغم من أن شركة أموال الزوجية هي التي تحملت نقص دينه من رأس مالها أو تولت دفع دينه كذلك ، فقط يدفع تعويضًا لشركة أموال الزوجية نظير ذلك .

2 – **حالة البدل** : إذا أبدل أحد الزوجين عقارًا من ملكه الخاص بعقار آخر حل البدل مكان المبدل منه في أملاكه الخاصة ، وبقي ملكًا خالصًا له ، ولا يدخل في شركة أموال الزوجية . فإن دفع عن البدل عوضًا أو بعض عوض فيكون من

الشركة أو يدخل فيها نظير تعويض يدفع لها أو يؤخذ منها عن نهايتها . فإن كان الفرق عظيمًا اعتبر بيعًا ودخل العقار في شركة أموال الزوجية على النحو السابق .

حالة وضع العقار مكان العقار :

وهي عملية قانونية بها يشترى عقار بثمن عقار بيع ليوضع مكان الأول في أملاك أحد الزوجين الخاصة . وتحليلها القانوني هو وضع العقار مكان العقار حالة مركبة من ثلاثة أصول :

(1) بيع عقار خاص .

(2) تملك عقار بثمن العقار الخاص المبيع .

(3) استبدال العقار المشترى بالعقار المبيع فيأخذ مكانه في الملكية الخاصة .

وهذه الحالة هي والاستبدال سواء . غير أن الاستبدال هو وضع البدل مكان المبدل منه مباشرة وهذه الحالة غير مباشرة .

فإن عمل الزوج في أملاكه وضع العقار مكان العقار فيشترط :

أولًا : أن يذكر صراحة في عقد المشترى أن هذا العقار قد اشتراه بثمن عقاره الذي باعه أولًا .

ثانيًا : أن يذكر أن هذا العقار يأخذ مكان العقار الأول المبيع في أملاكه الخاصة . ويمكن أن يكون الوضع كذلك في المنقول كسندات دين الحكومة وسندات بلدية باريس . ونتيجة هذه العملية – متى كانت مستوفية شروطها – أن يأخذ الشيء المشترى بثمن الشيء المبيع مكان الشيء المبيع في الأملاك الخاصة .

وإن أراد وضع عقار مكان آخر في أملاك زوجته فليس ذلك بواجب عليه . ولكنه بصفته رئيسًا لشركة أموال الزوجية يجب عليه أن يعمل ما فيه المصلحة . فإن كان مشترطًا ذلك في عقد شركة الأملاك كان ذلك واجبًا على الزوج . فإن لم يفعل كان للزوجة الحق في مقاضاته وإلزامه قهرًا عنه بذلك .

ويشترط علاوة على الشرطين السابقين رضاء الزوجة بالعقار الذي اشتراه لها الزوج ليكون بدلًا عما باعه من أملاكها الخاصة رضاء صريحًا . ومدته إلى نهاية شركة أموال الزوجية . ومتى انحلت الشركة لا يحق لها القبول .

ملك أجزاء لا تنقسم :

هذا القسم يحتوي على موضوعين :

الأول : خاص بملكية أجزاء غير قابلة للقسمة لواحد من أحد الزوجين .

الثاني : خاص بتنازل عُمِل إلى الزوجة من استرجاع مبيع غير قابل للقسمة ،

فالأول كما إذا ورث أحد الزوجين حصة مع ورثة آخرين غير قابلة للقسمة فاشترى الجزء الآخر ودفع ثمنه من شركة مال الزوجية ، فتبقى هذه العين على ملكيته من أملاكه الخاصة نظير تعويض الشركة عما دفعته من الثمن .

والثانية كما إذا كانت الزوجة شريكة للغير في عقار غير قابل للقسمة ، فباع الغير نصيبه إلى الزوج فدفع ثمنه من شركة مال الزوجية ، فللزوجة الحق في أخذ العقار المذكور لحسابها فيكون من مالها الخاص مع دفع تعويض للشركة عن ثمن الجزء الذي كان مملوكًا للغير ودفع الزوج لشراء هذا الجزء من أموال الشركة .

وللزوجة الحق في ترك نصيبها مع الجزء المشترى ليكون ملكًا لشركة مال الزوجية نظير تعويض لها عن نصيبها المذكور تدفعه الشركة لها .

وحق الاختيار خاص بالزوجة أو بورثتها لا بدائنيها ، ولها حق الاختيار مدة ثلاثين سنة من تاريخ حَلِّ شركة أموال الزوجية ، فإن أخذت العقار لنفسها رجع الاختيار إلى الماضي من يوم المشترى فيبطل كل حق عيني رتبه الزوج على هذا العقار ، وإن تركته كان من أموال الشركة .

ثمار وإيراد وفوائد أموال الزوجين :

لشركة أموال الزوجية حق التمتع على أموال الزوجين الخاصة ؛ فيدخل فيها كل الثمار والإيراد والفوائد والأقساط أيًا كان نوعها وطبيعتها التي تستغل من أملاك الزوجين الخاصة . وتسري قواعد حق التمتع العامة على تمتع شركة أموال الزوجية ، فتُمْلَك الثمرات المدنية يومًا فيومًا والثمرات الطبيعية والصناعية بالقبض ، والمنقول الذي يستهلك بالاستعمال يكون ملكًا لشركة أموال الزوجية بشرط تعويض بدله لمالكه .

وتسري القواعد الخاصة الآتية على شركة أموال الزوجية :

أولًا : من جهة التزامات المنتفع : ففي التمتع العادي بالثمرة يلزم عمل حصر

وبيان للأعيان المتمتع بها ودفع ضمان ؛ ولكن في تمتع شركة أموال الزوجية لا يعمل حصر ولا يدفع ضمان .

ثانيًا : من جهة طبيعة حق الانتفاع : ففي التمتع العادي يجوز للمتمتع رهن حق التمتع ، ويجوز الحجز عليه ، ويصح انقطاع هذا الحق . ولكن حق التمتع لشركة أموال الزوجية غير قابل للانقطاع ولا للحجز ولا للرهن لتغلب صفة الشخصية عليه .

ثالثًا : شركة أموال الزوجية لها حق التعويض عن الثمار التي لم تكن قبضتها ، وكانت مستحقة قبضها قبل حلها ، بخلاف المتمتع العادي فليس له هذا الحق .

رابعًا : المتمتع العادي ليس له حق التعويض في الإصلاحات التي عملها مدة تمتعه بخلاف شركة أموال الزوجية فلها تعويض على هذه الإصلاحات .

إنتاج العمل :

يدخل إنتاج العمل في شركة أموال الزوجين سواء من الزوج أو من الزوجة على السواء ، ولم يدخل قانون سنة 1907 عليه أي تغيير [1] .

بند [105] ديون شركة أموال الزوجين

القانون الفرنسي :

ملاحظات : يلزم أولًا معرفة الفرق بين التزامات الديون وتقسيم الديون .

فالأول : معرفة مدى سلطة الدائن في الدعاوى ضد المدين أو أي ملك يصح الحجز عليه لاستيفاء حقه . وهذا بين الدائنين والمدينين .

والثاني : يُفْرَضُ وجود تعدد المدينين وماذا يخص كل واحد منهم في هذه الديون . وهذا يكون بين المدينين ولا علاقة له بالدائنين .

ملاحظات أساسية :

يلزم ملاحظة القواعد الأساسية الآتية :

أولًا : بما أن الشركة لأموال الزوجين ليست شخصًا معنويًا لها شخصية

(1) انظر : البنود من 1401 إلى 1408 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 6 : 8 .

قانونية ، فإن التزاماتها تنتج من تعاقد الزوج أو الزوجة أو هما معًا .

ثانيًا : أحد الزوجين الذي تعاقد ودخل ما التزم به في أموال شركة الزوجية يبقى مسئولًا شخصيًّا عن تعاقده . فقط قد أضاف ضامنًا معه قِبَلَ الدائن ، وهي أموال شركة الزوجية .

ثالثًا : التزامات الزوج التزام لشركة أموال الزوجية ؛ فكل دين على الزوج يجوز لدائنه حجز أموال شركة الزوجية ، حيث إن أموال الزوج تختلط نوعًا بأموال الشركة ، ويقال العكس كذلك وهو كل التزام لشركة أموال الزوجية التزام للزوج أيضًا .

رابعًا : لإرجاع الديون إلى الزوج أو إلى الزوجة أو إلى الشركة يجب تمييز ثلاثة أنواع من الديون كما يأتي .

1 - الديون الخاصة بشركة أموال الزوجية : هي ما كانت ملزمة بها خاصة من التزام الديون وتقسيمها .

2 - الديون غير الخاصة بشركة أموال الزوجية : هي ما كانت ملزمة لشركة أموال الزوجية من جهة الالتزام لا من جهة تقسيمها ، بشرط تعويض شركة أموال الزوجين من أموال المدين متى دفعت الشركة الدين عنه .

3 - الديون الخاصة بأحد الزوجين : وهي ما كانت ملزمة له خاصة من التزام الديون وتقسيمها .

ترتيب الديون :

(أ) الديون السابقة على الزواج :

قواعد عامة : الديون المنقولة تدخل في شركة أموال الزوجية ، والديون العقارية تبقى خاصة لصاحبها من الزوجين . بمعنى أن كل دين منقول حصل مدة الزوجية يدخل في أموال الشركة ، حيث يذهب الإيراد المنقول يذهب المنصرف المنقول ، وبالعكس يبقى الدين العقاري الحاصل في مدة الزوجية خاصًّا تابعًا لأصله . ويستثنى من ذلك :

1 - متى كان الدين السابق على الزواج خاصًّا بعقار خاص بأحد الزوجين ، ودفعته شركة أموال الزوجية ، وجب تعويض الشركة عن هذا الدين المدفوع ؛ لأنه لو ترك لأثرى على حساب الغير وهو غير جائز .

2 – دين الزوجة المنقول قبل الزواج لا يدخل في أموال الشركة إلا إذا كان في إشهاد رسمي ، أو في عمل ثابت التاريخ ، أو بكتاب عرفي مات أحد شهوده ، أو ذكر في عمل رسمي .

فإن كان دينها قبل زواجها غير ثابت التاريخ فليس لدائنها رفع دعوى ضد أموال شركة الزوجية . فإن كان لها أموال خاصة حجز عليها ؛ لأن تعاقدها قبل الزواج صحيح بدون إذن أحد حيث لا زواج ، كما يجوز حجز أموالها الخاصة التي لها فيها التصرف حسب قانون سنة 1907 .

3 – ديون ناتجة من ميراث أو من هبة : تفرض الحوادث أنه يمكن أن يتلقى الزوجان ميراثًا أو هبة مثقلة بالديون مدة قيام الزوجية ، فمن يتحمل دفع هذه الديون من الأموال الثلاثة ؟

ويلاحظ أن الموهوب له ليس ملزمًا بدفع دين الواهب ؛ لأنه يتملك العين الموهوبة بعنوان خاص إلا أنه يلزمه دفع الدين في موضعين :

أولًا : متى اشترط الواهب دفع الدين الذي عليه من الموهوب له ، وعمل بذلك بيانًا أرفقه بإشهاد الهبة .

ثانيًا : متى كانت الهبة لأملاك مستقبلة ، فهي هبة بعنوان عام فيجب دفع دين الواهب .

ويلاحظ أيضًا في الميراث معرفة حال الوارث هل حاز التركة كلها أو بعضها بعنوان وارث أو موصى له عمومًا أو بعنوان عام مع ملاحظة أن الوارث لا يلزمه دفع دين مورثه إلا إذا قبل الميراث بدون قيد ولا شرط ؛ فيجوز لدائني المورث مقاضاته بديونهم والحجز على أملاكه الحاضرة والمستقبلة ، وهذا هو موضوع السؤال : من يتحمل دفع الدين من الأملاك الثلاثة ؟ فإن قبل الميراث بشرط الحصر فلا يكون للدائنين للمورث الحقُّ في تعدي ضمان ديونهم المحدود بأموال المورث .

تخصيص الدين :

القاعدة العامة في ذلك أن شركة أموال الزوجية تتحمل من دين الميراث مقدار ما تنتفع به من ربح من ذلك الميراث ، بمعنى أن الغرم قدر الغنم . ولتطبيق هذا المبدأ يُنْظَر إلى الميراث :

أولًا : إن كان عقارًا فقط فشركة أموال الزوجية لا تأخذ شيئًا من رأس مال هذا الميراث ؛ لأنه يبقى ملكًا خاصًّا لوارثه فلا تدفع الشركة شيئًا ، فإن دفعت فلها تعويض قِبَلَ الوارث نظير ما دفعت له .

ثانيًا : إذا كان منقولًا فقط دخل في شركة أموال الزوجية فعلى الشركة دفع الدين ؛ لأنها أخذت رأس المال ، فعليها مقدار ما أخذت .

ثالثًا : إذا كان مركبًا من عقار ومنقول وجب تقويمها ، ومعرفة نسبة المنقول إلى العقار : الثلث أو الربع أو النصف مثلًا ، وبما أن العقار لا يدخل في رأس مال شركة الزوجية فعلى الشركة دفع الدين بهذه النسبة لما خص المنقول دون العقار ، فلا تتحمل الشركة من دينه شيئًا ؛ لأنه لا يدخل فيها ولا تنتفع منه حيث يبقى ملكًا خاصًّا لوارثه .

وعلى الزوج عمل محضر حصر وجودٍ للميراث بصفته رئيس الشركة أو وارث أو مدير أموال الزوجة ، فإن لم يعمل حصرًا فللمرأة إثبات المنقول الذي تدعيه بكافة أنواع الإثبات حتى بالإشاعة [والشهرة] . وليس للزوج إلا طريق الحصر أو القسمة مع بقية الورثة من طرق الإثبات .

التزامات الدين :

يلاحظ أولًا أن دائني المورث لهم الحق في حجز وبيع أعيان التركة الموروثة لاستيفاء ديونهم ، لأنها ضمان لديونهم .

ولمعرفة التزامات الدين الواجب على التركة يجب معرفة التفصيل الآتي :

أولًا : الميراث عقار : فإن كان الزوج هو الوارث فكل دين عليه يكون دينا على شركة أموال الزوجية ؛ فدائنو التركة يمكنهم الحجز على أملاكه الخاصة وعلى أموال الشركة ما عدا أموال الزوجة المستثناة بقانون سنة 1907 .

وإن كانت الزوجة هي الوارثة وقبلت الميراث بإذن زوجها فليس للدائنين الحق في حجز أموال الزوج الخاصة ولا أموال شركة الزوجية ، وإنما لهم الحجز على أموال الزوجة الخاصة وعلى حق التمتع على أملاكها المخول لشركة أموال الزوجية .

وإن كانت الزوجة هي الوارثة وقبلت الميراث بإذن القضاء فلدائني التركة الحجز على ملك الزوجة الشخصي بدون تعرض لحق التمتع الخاص بشركة أموال الزوجية .

ثانيًا : الميراث منقول : فإن كان الزوج هو الوارث فتسري قاعدة العقار السابقة . وإن كانت الزوجة هي الوارثة فلدائني التركة الحجز على أموال الزوج والزوجة الخاصين ، وأموال الشركة وأموال الزوجة الناتجة عن قانون سنة 1907 متى كان قبولها بإذن زوجها . فإن قبلت بإذن القضاء فتحجز أموالها الخاصة وما ورثت وما نتج عن قانون سنة 1907 .

ثالثًا : العقار والمنقول كان ميراثًا ، يرجع كل قسم إلى التفصيل السابق .

(ب) الديون المتعاقد عليها الزوجان مدة وجود الزواج :

تجب التفرقة بين التزامات الديون وتقسيمها .

التزامات الديون :

القاعدة الأساسية العامة أن تعاقد الزوج الصادر عن شخصه أياً كان نوع هذا التعاقد (عقد – شبه عقد – جنحة – شبه جنحة – قانون) ملزم لشركة أموال الزوجية وأمواله الخاصة قِبَلَ الغير ؛ لأن الزوج رئيس الشركة . وليس لهذه القاعدة استثناء . وتنحصر مسئولية الزوج في أمواله الخاصة وفي أموال شركة الزوجية فقط فلا تشمل أموال الزوجة المحفوظة لها بموجب قانون سنة 1907 إلا إذا كانت المديونية بسبب مواد لازمة للمعيشة الزوجية فيصح إِذَنْ الحجزُ على مال الزوجة المحفوظ لها بتعاقد الزوج .

تخصيص الديون :

إن كل دين على الزوج يلزم شركة أموال الزوجية . ومتى دفعه الزوج من الشركة فليس للشركة عليه تعويض من ماله الخاص عند انحلالها . فقط يجب عليه أن يعوضها في موضعين :

أولًا : إذا كانت المديونية التي تعاقدها مع الغير زادت في أملاكه الخاصة على حساب شركة أموال الزوجية فيجب عليه تعويضها نظير ذلك كتعاقده مع من أصلح أملاكه التي زاد استغلالها ، وقد دفع الأجر من مال الشركة .

ثانيًا : إذا حكم على الزوج بعقاب مالي (غرامة) ودفعها من أموال شركة الزوجية فيجب على الزوج تعويض الشركة عما دفع ؛ لأن العقاب القانوني شخصي فلا يدفعه عنه غيره . لكن مصاريف الدعاوى والتعويضات المدنية لو

دفعها من أموال الشركة فلا يلزمه لها أي تعويض .

ويمكن للزوج إضاعة شركة أموال الزوجية في أعمال خاسرة حسب ما يرى ، بدون أن يكون للزوجة أي حق عليه تأخذه من ماله الخاص .

الدين الذي تعاقدته الزوجة : يلزم اتباع القاعدة التي نُصَّ عليها في تخصيص الديون بالنسبة للزوج ، لكن التزام دينها فيه تفصيل .

أولاً : الزوجة تتعاقد كنائب عن زوجها : يجوز للزوجة أن تتصرف كوكيل عن زوجها بوكالة صريحة عامة أو خاصة ، أو بوكالة ضمنية كتصرفها في مشترى لوازم المعيشة الزوجية الضرورية والمصروفات الدائمة . وهذه الوكالة الضمنية تبقى ما بقي الزواج ، ولو انفصل الزوجان ماليًا ، ولو كان الزوج غائبًا .

ونتيجة تصرفها كوكيل ملزمة لزوجها فهي تتعاقد باسمه هو فلا تلتزم بشيء ؛ فتلزم شركة أموال الزوجية ، وتلزم زوجها بما تعاقدت عليه . فإن استفادت من تعاقدها لأموالها الخاصة فللدائنين رفع الدعوى ضدها أيضًا بناء على قاعدة (الثراء بلا سبب) علاوة على أن ما حفظه لها قانون سنة 1907 يمكن حجزه ، ما دامت كانت متعاقدة لمصلحة العائلة .

ويجوز للزوج عزل زوجته من وكالتها الضمنية ، كما يجوز عزلها من وكالتها الصريحة ، بإعلان من تتعامل معهم بأنه لا يدفع دينها الذي تعاقدته . ولكنها قد تغير محال معاملاتها فيجهل الغير هذا العزل بنية حسنة فيجب على الزوج دفع دينها الذي تعاقدته بصفتها وكيلة ضمنًا ، حتى ولو أعلن بالجرائد السيارة فلا يعفيه هذا .

ثانيًا : الزوجة تعاقدت باسمها الشخصي : فإن أذنها زوجها في التعاقد بما التزمت به جاز للدائنين مقاضاتُها أو مع زوجها ، وحجزُ مال الزوج أو مال الشركة أو مالها الخاص أو جميع هذه الأموال بلا ترتيب ولا أفضلية .

وينتج عن مسئولية الزوج بحث طبيعة تعهده بما التزمت به زوجته التي أذنها بالتعاقد ، هل تعهده شخصي ؟ لأنه بإذنه لها قد تحمل التزاماتها عنها شخصيًا ، أو تعهده نتيجة لتعهدها ؛ لأن التزاماتها تُدْخِل أموالَ الزوجية في الضمان وهو رئيس الشركة فيدخل هو تبعًا لذلك . وهل مسئولية الزوج خاصة بتعاقد الزوجة فيما يختص بشركة أموال الزوجية ، أو تمتد إلى كل تعاقداتها حتى الشخصية منها ؟

خلاف بين العلماء .

فإن تعاقد الرجل وزوجته مع آخر اعتُبرا مدينين مجتمعين . بمعنى أن الدائن ليس له أن يطلب الزوجة بكل الدين بل بنصفه ، دون الرجل ؛ فللدائن طلب الكل منه ، وهو الذي جرى عليه العمل سابقًا ولاحقًا ولم ينص عليه في القانون المدني .

وإن تعاقد الزوجان متضامنين اعتبر كل واحد منهما مدينًا بكل الدين وصح طلبه منه جميعه شخصيًّا ، وتعتبر الزوجة ضامنة لا مدينة أصلية بمعنى أنها لو دفعت الدين كله من مالها الخاص رجعت على شركة أموال الزوجية بما دفعت ، إلا إذا أثبت الزوج أن التعاقد كان لمصلحتهما الشخصية .

فإن تعاقدت الزوجة بإذن القضاء فليس لدائنيها إلا الحجز على أموالها الخاصة التي لم تدخل شركة أموال الزوجية ؛ لأن رئيس الشركة لم يتعاقد ولم يأذن ولم يضمن ؛ فلا تلزم الشركة بشيء . ويستثنى من ذلك إذا تعاقدت المرأة لإنقاذ زوجها بدفع غُرْمه ، أو إخراجٍ له من السجن ، أو كان لزواجِ ولدٍ ، أو إيجاد عمل له ، وكان أبوه غائبًا فَيَلزم الزوج بهذا التعاقد .

إذا حكم على الزوجة بغرامة أو بتعويض عن ضرر تسببت فيه فلا تلزم شركة أموال الزوجية بشيء ، بل عليها في أموالها الخاصة وما حفظ لها بقانون سنة 1907 . فإن أذن لها الزوج في الدفاع أمام المحكمة المدنية لزمه ولزم الشركة المصاريف القضائية .

فإن كانت الزوجة تاجرة والتزمت بما يلزم تجارتها فقد التزمت معها أربعة أقسام الأملاك : ملكها الخاص بقسميه ، وملك الزوج الخاص بأموال شركة الزوجية ؛ لأن اشتغال المرأة بالتجارة يجب فيه إذن الزوج فهو ضامن لما التزمت به ، ويمكن تلخيص هذه الأحوال في خمس حالات :

أولًا : التزامات تعاقد عليها الزوج غير مصلحة العائلة ، فللدائنين الحق في حجز أموال الزوج الخاصة وأموال شركة الزوجية وأملاك الزوجية حتى المحفوظ منها بقانون سنة 1907 .

ثانيًا : التزامات تعاقد عليها الزوج لغير مصلحة العائلة فللدائنين الحقُّ في حجز أموال الزوج الخاصة وأموال شركة الزوجية دون أملاك الزوجة الخاصة .

ثالثًا : التزامات تعاقدت عليها الزوجة بإذن زوجها ، فللدائنين الحق في حجز

أقسام الأملاك الأربعة للزوج والزوجة والشركة وما حفظ بقانون سنة 1907 .

رابعًا : التزامات تعاقدت عليها الزوجة بصفتها وكيلة صراحة أو ضمنًا عن زوجها وكانت هذه الالتزامات لصالح العائلة ، فللدائنين الحق في حجز أموال الزوج الخاصة وأموال شركة الزوجية وما حفظ للزوجة بقانون سنة 1907 دون أملاكها الخاصة .

خامسًا : التزامات تعاقدت عليها الزوجة بدون إذن ، فللدائن الحجز على أملاكها المحفوظة لها بقانون سنة 1907 فقط .

الديون التي يتحملها الزواج وديون حق التمتع :

الديون التي يتحملها الزواج تجب على شركة أموال الزوجية .

فالنفقة بأنواعها من أكل ، ومسكن ، وملبس ، ومصاريف تعليم ، وتربية أطفال ، وكل ما هو من لوازم الزواج تدفعها شركة أموال الزوجية من إيراد أملاك الزوجين التي دخلت في الشركة . أما ديون حق التمتع فهي ما وجبت على شركة أموال الزوجية نظير تمتعها بأملاكهم الخاصة لأحد الزوجين ، وذلك كالأقساط ، والمنفعة الواجبة للديون الشخصية ، وكالإصلاحات للعقار الذي بقي ملكًا خاصًّا لأحد الزوجين نظير التمتع به .

إدارة شركة أموال الزوجية :

معلوم أن لكل من الزوجين أموالًا خاصة بكل منهما ، وأموالًا كونت شركة أموالهما ، ومالا للزوجة حفظه لها قانون سنة 1907 . فللزوج إدارة ماله ومالها الخاصّين ومالِ الشركة ، وهي تدير أموالها المحفوظة لها بقانون سنة 1907 :

أولًا : إدارة الأملاك المشتركة :حق إدارة أملاك شركة الزوجية خاص بالزوج كرئيس لها ، وهو حق خوَّله له القانون ؛ فلا يجوز انتقاصه ولا إلغاؤه بشرط في عقد ترتيب أموال الزوجين .

ولتحديد سلطة الزوج في إدارة أملاك الزوجين المشتركة يلزم تقسيمها كما يأتي :

1 - أعمال إدارية ومباشرة رفع الدعاوى أمام القضاء : الأعمال الإدارية المحضة سلطة الزوج فيها غير محدودة ؛ فيؤجر ويستأجر العقار من غير تحديد ، وله قبض

الإيراد ويتصرف فيه ، ويقبض رأس المال من غير مراقبة ولا إذن من أحد ، وكذا له سلطة غير محدودة في التقاضي .

فسلطة الزوج في ذلك غير محدودة ، وليس للزوجة الرجوع عليه بأي تعويض ، ولو أخطأ خطأ فاحشًا أو أدار إدارة سيئة أو بذر تبذيرًا يجعله مسئولًا قانونًا فهو يعمل كمالك حقيقي ليس عليه أي مسئولية قِبَلَ أي شخص كان .

وللزوجة طريق واحد يمكنها أن تلجأ إليه حفظًا لأموالها من التبديد وهي : التفريق ، أو قسمة شركة أموال الزوجية بطريق القضاء . وقد حدَّ القانون من سلطة الزوج في المواضيع الآتية :

1 - حالة الثراء الشخصي للزوج من إدارة شركة أموال الزوجية ، ففي كل حالة يثري الزوج في ماله الخاص من تصرفاته الشخصية في الشركة على حسابه يلزمه تعويض للشركة .

2 - إذا حصل غش من الزوج في أي عمل يختص بشركة أموال الزوجين لفائدته ومصلحته جاز للزوجة طلب فسخ هذا العمل . وعلى الزوجة يقع حَمْلُ الدليل أمام القضاء متى ادعت أن الزوج أثرى على حساب الشركة أو غش في عمل لمصلحته لإثبات ذلك .

ثانيًا : التمليك بعوض : يجوز للزوج تمليك منقول وعقار شركة أموال الزوجية بدون مساعدة أو إذن زوجته . كما يجوز له رهنها وترتيب حقوق عينية عليها ، ولو حصل من الزوج غش أو تدليس في تصرفاته هذه فعمله باطل بأن استفادت أمواله الشخصية على حساب تصرفه في الشركة .

ثالثًا : التمليك بدون عوض : لا يجوز للزوج إعطاء عقار (هبة) من أملاك شركة الزوجية إلا لتأسيس عمل لولد مشترك بين الزوجين ، ويجوز للزوج إعطاء منقول من أملاك شركة أموال الزوجية لمن يشاء بعنوان خاص ، ولا يجوز له التصرف الآتي في المنقول :

1 - لا يجوز للزوج هبة المنقول بعنوان عام ولا بجزء معين ، فقط يجوز لتأسيس ولدهما المشترك منهما .

2 - لا تجوز هبة المنقول مع الاحتفاظ بالمنفعة .

3 - لا تجوز هبة المنقول الزائدة عن الحد ، بمعنى أن منقول المال المشترك 2000 فرنكا فيهب ألفًا .

فإن خالف الزوج ما ذكر فهبته يجوز إلغاؤها إلغاء خاصًا لمصلحة الزوجين عند انحلال الشركة ، ووقوعه في نصيبها الذي اختارته .

ويجوز للزوج أن يهب ما منعه القانون متى شاركته زوجته في توقيع عقد الهبة ، ويكونان كمالكين تصرفًا في ملكهما .

يجوز للزوج أن يوصي بما لا يزيد عن نصف شركة أموال الزوجية ، فإن زاد عن النصف في وصيته أنقصت إلى النصف متى قبلت الزوجة شركة أموال الزوجية عند انحلالها ، وهذا تصرف بعنوان عام .

فإن أوصى بعين منقولة محددة إلى شخص من أموال شركة الزوجية فإن خرجت في قرعة ورثته نفذت وصيته في نفس العين الموصى بها ، وإن خرجت في حصة الزوجة أخذ الموصى له قيمتها لا عينها .

عمل الزوجة في شركة أموال الزوجية :

لو أن المرأة تملك نصف شركة أموال الزوجية ، لكن ليس لها أي دعوى أو اعتراض مباشرة ضد الزوج فيما يختص بهذه الأموال ، ولا حتى مراقبتها في تصرفات زوجها ، ومع هذا فلها بعض أعمال تباشرها خاصة بشركة أموال الزوجية ، وذلك :

أولًا : تشارك زوجها في التمليك بغير عوض فيما لا يمكن للزوج عمله قانونًا بدونها .

ثانيًا : يمكنها إلزام أموال شركة الزوجية بتعاقدها بإذن القضاء لإخراج الزوج من السجن أو لتأسيس محل تجارة لولدها منه ، وكان الأب غائبًا .

ثالثًا : يمكنها عمل وصيتها بنصف أموال شركة الزوجية .

رابعًا : يمكنها سحب مبلغ من أموال شركة أموال الزوجية لوضعه في صندوق التوفير ، وليس للزوج معارضتها في ذلك ، ولكن له المعارضة في سحبها من التوفير .

خامسًا : يمكنها وضع مبالغ في صندوق المعاشات للعجز والعوز .

المكافأة المعطاة للزوجة نظير سلطة الزوج الخارجة عن العادة :

منح القانون الزوجة الامتيازات الآتية مقابل سلطة الزوج المطلقة :

1 - طلب حل شركة أموال الزوجية (التفريق المالي) عندما تكون إدارة الزوج قد أضرت بأموال الزوجين ضررًا بليغًا .

2 - حق التنازل عن شركة أموال الزوجية ، فلا تكون ملزمة بأي شيء . فإن قبلت الشركة فلها أن تدفع دينًا بمقدار ما خصها من منفعة .

3 - حق استيفاء أموالها الخاصة من مال الزوج ومن شركة الأموال قِبَلَ الزوج .

4 - حق الرهن القانوني المفروض على أملاك الزوج لضمان استيفاء أملاك الزوجة عند الانفصال .

إدارة أملاك الزوجة الخاصة :

للزوج إدارة أملاك الزوجة الخاصة ، لكن سلطة الزوج في ذلك تختلف عن سلطته في إدارة أموال شركة الزوجية في الآتي :

أولًا : لا يجوز منع الزوج من مباشرة سلطة إدارة أملاك شركة أموال الزوجية حتى ولو بشرط في عقد ترتيب أموال الزوجين ، ولكن منع الزوج من إدارة أموال الزوجة الخاصة يجوز اشتراطه في عقد ترتيب أموال الزوجية ، فتحتفظ الزوجة بإدارة أملاكها لنفسها خاصة .

ثانيًا : سلطة الزوج على أموال الزوجية سلطة مطلقة كمالك حقيقي ، ولكن سلطته على أملاك الزوجة الخاصة سلطة إدارة عادية فقط .

ثالثًا : الزوج غير مسئول عن إدارته السيئة أو الإسراف والتبذير في شركة أموال الزوجية بخلاف إدارة أملاك الزوجة الخاصة فهو مسئول عن كل خطأ أو إسراف أو تبذير كمدير عادي .

ولمعرفة مدى سلطة الزوج في إدارة أملاك الزوجة الخاصة يلزم معرفة ما يأتي :

أولًا - الأعمال الإدارية :

ومنها عقود الإيجار للعقار فللزوج عقد الإيجار لمدة لا تزيد عن 9 سنين فإن

عقده لأزيد منها اعتبر ما يكملها فقط .

ولا يجوز للزوج تجديد عقد الإيجار قبل نهايته في الأملاك الحقلية أزيد من ثلاث سنين ولا في عقارات المدن أزيد من سنتين .

ومنها التعاقد مع مقاولي الأشغال للإصلاح في العقارات وقبض إيرادها بل وقبض رأس المال لكن لا يستخدمه إلا بإذنها .

ثانيًا : مباشرة الأعمال القضائية :

للزوج مباشرة القضايا المتعلقة بالمنقول والذي هو جزء من أملاك الزوجة الخاص بدون مساعدة الزوجة . وله رفع القضايا ومباشرتها المتعلقة بوضع اليد في عقار أملاك الزوجة ، ولا يجوز للزوج مباشرة الدعاوى المتعلقة بالملكية في أملاكها العقارية ، بل يجب أن تباشرها هي بعد إذن زوجها في ذلك .

ولا يجوز له مباشرة القسمة مع الغير خصوصًا في الميراث الذي استحق لها وكان يبقى لها ملكًا خاصًا ، بل هي التي تباشرها بإذن زوجها .

ولا يجوز للزوج أيضًا تمليك عقار الزوجة ولا ترتيب حق عيني عليه . والزوجة هي التي تباشر ذلك بنفسها بإذن زوجها . فإن باع الزوج عقارها وعلم المشتري فليس على الزوج ضمان ، وليس عليه تسليم . وللمشتري الثمن الذي دفعه فقط ، وللزوجة الحق في استرجاع عقارها المذكور حتى ولو قبلت شركة أملاكِ الزوجية . فإن كان المشتري حسن النية فلا نزاع في جواز استرداد عقارها متى تنازلت عن الشركة . فإن قبلت الشركة فهل لها الاسترداد أم لا ؟ خلاف . وهل لها رفع دعوى استرداد هذه العقارات قبل انحلال شركة أموال الزوجية أم لا ؟ الجواب مترتب على جواز الاسترداد بعد قبول الشركة أو بعد رفضها .

بيع منقول الزوجة الخاص :

المنقولات التي تستهلك بأول استعمال والتي هي مخصصة للبيع والتي قدرت قيمتها قبل الاستعمال يجوز للزوج بيعها . وأما التي تبقى على ملكية الزوجة وللشركة عليها حق التمتع كالسندات العقارية أو الدين المدني أو سندات المعاش ففيها خلاف . ويجوز للزوج تحويل السندات العقارية الاسمية الخاصة بزوجته إلى

أسهم لحاملها ، وإن منع بعض العلماء ذلك [1] .

بند [106] قانون 13 يوليو سنة 1907

القانون الفرنسي : لهذا القانون غرضان :

الأول : ضمان تصرف المرأة في ثمرة عملها بدون تدخل الزوج بحرية تامة .

الثاني : ضمان حصة الزوجين في نفقة العائلة . بهذين الغرضين أصاب القانون سلطة الزوج ، ومهد للزوجة طريق الحرية في تصرفاتها وهو قانون اجتماعي عظيم . كان نظام القانون المدني أن أجرة عمل الزوجة تدخل في شركة أموال الزوجية ، فللزوج فقط ترتيبها كما يرى بدون أي اعتراض من الزوجة ، فأعلن هذا القانون رفع هذا الظلم .

ويبحث القانون المذكور في النقط الآتية :

أولًا : امتداد سلطة الزوجة : يمكن للزوجة التصرف فيما جمعته من أجر عملها ومشتَرى عقار أو منقول ، ويكون بتصرفها هي فقط بدون إذن زوجها أو حضوره ، وزاد قانون سنة 1919 أن الزوجة يمكنها من مالها المحفوظ لها بموجب هذا القانون أن تهب لمحلات مساعدة الأطفال اليتامى أو حماية الطفولة بشرط عدم وجود أولاد ولا أولاد أولاد لها ، وأن تكون بلغت 45 سنة . ولإثبات أن هذا الملك مما حفظه لها قانون سنة 1907 يكفي إثبات أنها كانت تعمل عملًا منفردًا عن الزوج وتتقاضى منه أجرًا . وكل شرط يسلب من الزوجة هذا الحق المخول لها بموجب قانون سنة 1907 يعتبر لاغيًا بنص القانون .

ولدائني الزوجة التي تعاقدت بغير إذن زوجها حجز أملاكها المحفوظة بقانون سنة 1907 دون أملاكها المشتركة ودون أملاك الزوج ، إلا إذا كان الدين لصالح المصلحة العائلية كذلك .

فإن أساءت الزوجة في تصرفاتها في هذه الأملاك المحفوظة فللزوج سلبها حق الإدارة والتصرف بقرار يصدر من المحكمة . وله أن يستصدر أمرًا من رئيس المحكمة

---

(1) انظر : البنود من 1409 إلى 1440 في الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 8 : 17 .

في حالة الضرورة بمنعها من تصرف خاص مع الغير .

والأملاك التي توجد للمرأة من أجرة عملها تكون ملكًا خاصًا للزوجة ، ولا دخل للزوج فيها . ويعتبر قسمًا من شركة أموال الزوجية متى قبلت الزوجة الشركة . فإن رفضت الشركة عند انحلالها بقي هذا الملك خاصًا بها بدون تحميله أي دين إلا الذي تعاقدت عليه هي لمصلحتها .

تخصيص نفقة العائلة بين الزوجين :

يحصل بعض الأحيان أن الزوج أو الزوجة لا يساهم في نفقات العائلة فيحتفظ بماله الخاص أو المحفوظ بقانون سنة 1907 ويترك النفقة جانبًا . فللزوج المتضرر رفع الأمر للقضاء واستصدار حكم بحجز نصيبه في النفقة تحت يد صاحب العمل الذي يشتغل عنده المحكوم عليه ، ثم يقبضها مباشرة .

القاضي المختص هو قاضي الصلح ؛ فمتى رفع الأمر إليه أرسل للمدعى عليه طلبًا مسجلًا بالبريد فيحضر شخصيًا إلا لعذر قهري فيأمره بما يراه ضروريًا من النفقة ويعتبر هذا حكمًا نافذًا ولو مع المعارضة أو الاستئناف . ويمكن زيادته أو نقصه متى تغيرت حالة المعيشة رخصًا وغلاء .

أهلية الزوجة للمقاضاة :

نص هذا القانون على أهلية الزوجة الكاملة في الدفاع عن حقوقها أمام القضاء بدون إذن الزوج فيما يختص بما منحها القانون المذكور .

نظرية التعويض : وهي خاصة بنظام شركة أموال الزوجية وذلك فيما إذا كان أحد الأملاك انتفع على حساب ملك آخر نقص بذلك . فلمن نقص طلب تعويض عن هذه الزيادة تطبيقًا لمبدأ (الثراء على حساب الغير) . والأملاك هي أملاك الزوج الخاصة ، وأملاك الزوجة ، وأملاك الزوجين المشتركة .

وكما يوجد ثلاثة أنواع متباينة من الأملاك يوجد ثلاثة أنواع من التعويض :

(1) التعويض الواجب على أحد الزوجين لشركة أموال الزوجية .

(2) التعويض الواجب على شركة أموال الزوجين لأحدهما .

(3) التعويض الواجب على أحد الزوجين للزوج الآخر .

أولًا : التعويض الواجب على أحد الزوجين لشركة أموالهما : بيان الأحوال التي تعطي شركة أموال الزوجية حقًّا في التعويض ، وذلك مأخوذ من القاعدة الآتية (في كل وقت يثري أحد الزوجين على حساب شركة أموالهما بما يفقرها يجب عليه دفع تعويض للشركة) ؛ فيجب للزوم التعويض :

1 - حصول يسار لأحد الزوجين في أمواله الخاصة .

2 - حصول إفقار لشركة أموال الزوجية من هذا اليسار ، وقد سبق بيان ذلك جمعيه .

وتقدير التعويض لا خلاف فيه متى تساوى اليسار الطارئ مع الإفقار ؛ فالتعويض يكون مساويًا للإفقار ، فإن اختلف الإيسار مع الإفقار زيادة أو نقصًا فالقاعدة ألا يزيد التعويض على اليسار الطارئ ولا ينقص عن الإفقار الحاصل .

ثانيًا : التعويض الواجب على شركة أموال الزوجية لأحد الزوجين : مماثل في شرحه وأحكامه للتعويض الواجب على أحد الزوجين لشركة أموالهما .

ثالثًا : التعويض الواجب لأحد الزوجين على الآخر : هذه الحالة نادرة الوقوع ؛ ولذلك نفرض أن أحد الزوجين أعطى عقارًا للآخر نظير دفع دين عليه أو مهر ، وُعِدَ به ولم يجده أو مهر لولده من سرير آخر .

والفرق بين هذه الحالة والحالتين السابقتين :

1 - أن الزوجة إذا تنازلت عن شركة أموال الزوجية للزوج فلا تعويض بين الزوج والشركة ولا العكس ؛ لأن المالين أصبحا ملكًا لشخص واحد وهو الزوج بخلاف التعويض الواجب على الزوج لزوجته ، ولو مع التنازل عن الشركة فلا يسقط بل يجب عليه أداؤه .

2 - التعويض الواجب لشركة أموال الزوجية والواجب عليه أن يدفع فائدة من تاريخ انحلال شركة أموال الزوجية ، بخلاف التعويض الواجب على أحد الزوجين للآخر فهو دين عادي لا يدفع فائدة إلا من يوم الإنذار بالدفع أو التقاضي .

بند [107] انحلال شركة أموال الزوجية

القانون الفرنسي : أسباب انحلال شركة أموال الزوجية : الشركة تنحل بطريق

غير مباشر بالوفاة أو بالطلاق اللذين يضعان حدًّا للزواج ، وتنحل بطريق مباشر بانفصال الأملاك قضائيًا ، وبالانفصال الجسماني وبالغيبة .

وسيقتصر البحث هنا على وفاة أحد الزوجين ، وانفصال الأملاك قضائيًا من أسباب انحلال شركة أموال الزوجية .

أولًا : وفاة أحد الزوجين : بوفاة أحد الزوجين يجب على الباقي منهما عمل حصر لأعيان الشركة . وتعطَى للزوجة حقوق الترمل . فالحصر يحفظ أعيان التركة لصالح ورثة المتوفى ويمنع الاختلاس فيها . ومدة الحصر ثلاثة أشهر . ويجوز للمحكمة امتدادها متى وجد سبب يبرره . فإذا ترك الحصر أمكن إثبات أعيان التركة حتى بالشهرة ، ويحرم الباقي من الزوجين من حق التمتع بملك قصره نظير ذلك . ويكون المشرف وزوج الوصية ضامنين فيما يحكم عليها من غرامة أو تعويض .

أما حقوق الترمل للزوجة المتوفى عنها زوجها فهي في ثلاثة أشهر المحددة للحصر وأربعين يومًا المحددة للاستشارة في القبول أو الرفض ، فللزوجة في هذه المدة :

1 - أخذ أكلها وأكل خدمها من الادخار المتروك ، فإن لم يكن فلها أن تقترض على حساب شركة أموال الزوجية بالمعروف بلا تبذير .

2 - السكنى على حساب الأملاك المشتركة جميعها . أما مصاريف ملابس الحزن فعلى تركة المتوفى لا على الشركة .

ثانيًا : تفريق أموال شركة الزوجية : وهي سلطة أجازها القانون للمحكمة لتأمر بفصل المالين وانتهاء الشركة ، بناء على طلب الزوجة ، حينما يكون بقاء الشركة مضرًا لها في أموالها :

(1) أنه سلطة استثنائية تعارض إدارة المتعاقدين من بعض الوجوه ؛ لأنهما حين التعاقد كانت نيتهما عدم حل الشركة مدة قيام الزواج .

(2) هذه سلطة منحت لصالح الزوجة نظير وضع السلطة التامة في يد الزوج .

(3) هذه سلطة قضائية فلا يصح التفريق اختيارًا ؛ بل يجب أن يصدر حكم قضائي ، وكل اتفاق بين الطرفين فهو باطل .

(4) هذه سلطة عامة يصح أن تكون في كل نظام : (شركة - مهر - بدون شركة) .

طلب تفريق الأملاك لا يكون إلا من الزوجة فقط ولا يقبل من الزوج ؛ لأن هذا حق منحه القانون إليها فقط . ولورثتها الاستمرار في قضية تفريق الأموال بعد وفاتها ، وليس لدائنيها طلب التفريق ولو باسمها .

وسبب طلب التفريق يرجع إلى تلف مهر الزوجة ، أو ارتباك الزوج في ديون بحيث أصبحت أملاكه لا تفي بالتزاماته إلى زوجته في أخذ مالها الخاص . وليس الجنون أو الحجر سببًا في طلب التفريق المالي . ولا يلزم وقوع الضرر بالفعل على أملاك الزوجة ، بل يكون وقوعه محققًا إذا لم تتخذ احتياطاتها لذلك ، كما إذا كان إيراد المهر لا يستعمل في مصالح الزوجة وأولادها أو يستعملها الزوج في سداد دينه هو ، أو خشيت على ميراث منقول سيدخل في أموال شركة الزوجية .

يقدم من الزوجة طلب إلى رئيس محكمة الزوج المدنية تطلب الإذن بإحضار زوجها في الدعوى التي سترفعها لفصل أملاكها منه ، فيأمر الرئيس بذلك بعد سماع أقوال الزوج .

ويجب أن يُعْلنَ طلب التفريق في صالة المحكمة وفي المحكمة التجارية ، وينشر في صحيفة إعلانات رسمية محلية ، وعلى المحكمة عدم إصدار حكمها بالتفريق قبل مضي شهر من تاريخ الإعلان ليتمكن دائنو الزوج من حفظ حقوقهم ، وليتنبه الغير في التعاقد مع الزوج بصفته التي ستزول بالحكم .

ويجب إعلان الحكم بتلاوته علنًا بالمحكمة التجارية التابع لها الزوج وإعلان الحكم بلصقه في صالة المحكمة المدنية لمدة سنة ، وبلصقه في حجرة محضري الدعاوى ومسجلي العقود .

ويجب تنفيذ الحكم في مدة 15 يومًا من تاريخ صدوره ، وإلا اعتبر ساقطًا .

حقوق دائني الزوج :

خوفًا من أن يكون طلب التفريق قدِّم من الزوجة بالاتفاق مع زوجها لإلحاق الضرر بدائني الزوج أعطى القانون للدائنين طريقًا احتياطيًا أولًا لمنع صدور حكم التفريق ، فيدخل الدائن أثناء نظر الدعوى ليبين غش الزوجين ، وأعطى القانون للدائنين أيضًا طريق المعارضة في الحكم الصادر بالتفريق مدة سنة ، لبيان ما اتفق عليه الزوجان من غش وخداع لإلحاق الضرر به .

نتائج تفريق الأملاك :

ينتج عن تفريق أموال الزوجين حالتان :

1 – انحلال شركة أموال الزوجية : ينتج عن انحلال شركة أموال الزوجية عدة نتائج ، فيوضع حد لسلطة الزوج على أملاك الزوجة ، وأملاك الشركة ، ويأخذ كل منهما ماله ويرجع أثر الحكم إلى الماضي وهو يوم تقديم الطلب للمحكمة بالنسبة لما بين الزوجين أنفسهما وما بينهما وبين الشخص الثالث ، خوفًا من تصرف الزوج أو الغير مدة سير القضية . أما نفس الإدارة فتبقى بيد الزوج وتكون نافذة إلا في حالة الغش ، فكل تمليك أو ترتيب حقوق عينية أو بدل إلخ يكون باطلًا متى وقع بعد تقديم الطلب لفصل الأملاك ولا تعارض به الزوجة .

ويحتفظ كل من الزوجين بما آل إليه من ميراث أو هبة لمنقول بعد تقديم طلب الفصل للمحكمة ولا يدخل في شركة أموال الزوجين . وتحتفظ كذلك المرأة بإيراد وثمرات أملاكها الخاصة في هذه المدة ما عدا حصتها في نفقة العائلة .

ويجوز للزوجين أن يعودا إلى شركة أموال الزوجية بعد انفصالهما بشرط : أن لا يغير الزوجان أي شرط من نظامهما الأول . وينتج عن هذا أن عقد إرجاع نظام أموال الزوجية يرجع إلى الماضي فيمحو أثر حكم تفريق أموالهما ، وكأنه لم يحدث ؛ فتدخل الهبة والميراث المنقول الذي تملكه أحد الزوجين مدة الفصل في الشركة ، وكل عقد يلتزمه الزوج أو الزوجة في هذه المدة يكون محترما ملزمًا للشركة كأنها مستمرة بدون انقطاع (1) .

بند [108] تصفية الشركة

القانون الفرنسي :

الاختيار : متى انحلت شركة أموال الزوجية وجب تصفيتها فيتحمل كل شريك نصيبه من كسب وخسارة . غير أن القانون أعطى للزوجة حق الخيار في قبول أخذ نصيبها أيًا كان ، وفي التنازل عنه للزوج أيًا كان أيضًا ، وذلك مقابل سلطة إدارة الزوج للشركة مدة وجودها .

---

(1) انظر : البنود من 1441 إلى 1452 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 17 : 20 .

وقد منح هذا الحق أيضًا إلى ورثة الزوجة ويجوز قبولهم كلهم أو بعضهم أو رفضهم أو رفض بعضهم وقبول بعضهم . ولا يجوز إدخال شرط في عقد شركة أموال الزوجية بمنع الزوجة عن التنازل عن الشركة ، بمعنى أنها تقبلها على أي حال كانت عليها .

ومدة اختيار الزوجة ثلاثة أشهر لحصر التركة وأربعون يومًا للاختيار . ويمكن للمحكمة زيادة المدة لعذر واضح . وما دامت الزوجة في هذه المدة فهي في حاجز قانوني يمنع أيًا كان من مقاضاتها . ولو قاضاها فلها المعارضة بالمدة المذكورة قانونًا . ومتى مضت المدة (ثلاثة أشهر [1] / أربعون يومًا) فإنه يصح مقاضاتها ، فإن حصرت التركة ولم تباشر عملًا يتضمن قبولها الشركة فيبقى لها حق الاختيار ثلاثون سنة . فإن لم تكن حصرت التركة أو عملت ما يتضمن قبولها الشركة مع عملها الحصر ومضي ثلاثون سنة فتعتبر قابلة للشركة .

فإن كانت الزوجة مطلقة أو مفرقة جسمانيًا فيفرض القانون عدم تصريحها بالقبول أو الرفض في المدة القانونية تنازلًا منها عن شركة أموال الزوجية .

القبول :

يكون القبول صراحة أو ضمنًا ، صراحة بإقرار ولو عرفيًا ، وضمنًا وهو عمل شيء في أموال الشركة يدل على القبول .

التنازل :

يكون بعمل علني ، وهو إشهاد بالمحكمة يسجل بسجل قبول الميراث أو رفضه . ومتى سُجِّل التنازل فليس للزوجة الرجوع فيه . ويكون التنازل باطلًا متى كانت الزوجة قاصرًا ولم يؤخذ رأي مجلس العائلة ، أو وقع التنازل بعد حصول غش أو إكراه . ويكون لدائني الزوجة الطعن في قبولها متى جلب لهم ضررًا أو بُنِيَ على غش لضياع حقوقهم .

نتائج قبول المرأة شركة أموال الزوجية :

ينتج عن قبول المرأة شركة أموال الزوجية تقسيم أموالها بما لها وما عليها . ويجب أولًا حصر أموال الشركة بإخراج أموال الزوجين الخاصة ، ثم بدفع

(1) الأشهر الثلاثة المحددة للحصر ، والأربعون يومًا المحددة للاستشارة في القبول والرفض طبقًا لما سبق ذكره في ص 1323 من هذا الكتاب .

التعويض الذي تستحقه الشركة عند كل منهما ، ثم بدفع التعويض الذي يستحقه كل واحد على الشركة . وما بقي بعد هذه العملية المكونة من الثلاثة أشياء يكون هو مال الشركة الذي يقسم . وعند الاختلاف في ملكية أي شيء فعلى مدعي الملكية إثباتها . والقسمة تكون مناصفة بين الرجل والمرأة . وكما يقسم مال الشركة يقسم مالها أيضًا ، فتقسم الديون أيضًا مناصفة بينهما ، ومن دفع أكثر من النصف فله الرجوع بما زاد عن حقه على الآخر حتى يتعادلا ، مع ملاحظة أن المرأة لا تدفع دينًا أكثر مما تحصلت عليه في قسمة مال الشركة ، فإن زاد فلا تلزم به .

ويجوز لدائني الزوجين رفع الدعوى ضد أيهما شاءوا بجميع الدين الذي تعاقدوا عليه ودخل لصالح الشركة ، بخلاف الزوجة التي تعاقدت مع زوجها للغير ؛ فهي لا ترفع عليها الدعوى إلا بالنصف فقط كما سبقت الإشارة إليه .

فإن حصرت أموال الشركة بمعرفة الزوجة في المدة المحددة 3 أشهر جاز لها الامتناع عن دفع الديون التي زادت عما جاء في نصيبها في القسمة .

نتائج تنازل المرأة عن شركة أموال الزوجية :

القاعدة العامة أنه متى تنازلت المرأة عن شركة أموال الزوجية يفرض القانون أنها ما كانت شريكة يومًا ما ، وأن الزوج هو المالك الوحيد من يوم وجود الشركة ، وإن كانت الشركة لا تعتبر منحلة في الماضي ، وإنما تحتفظ بمالها من حقوق وما عليها من التزامات . والمرأة المتنازلة ليس لها من أموال الشركة شيء مطلقًا حتى الذي دفعته عند تكوين الشركة ما عدا ملابسها الخاصة وحوائجها الشخصية ومصاغها كذلك وما عدا أموالها المحفوظة بقانون سنة 1907 . ويكون لها أملاكها الخاصة التي لم تدخل الشركة خالية من كل التزام إلا التزاماتها هي الشخصية ، ولا تتحمل أي دين من الديون التي دخلت في شركة أموال الزوجية [1] .

بند [109] الشركة الاتفاقية بين الزوجين

القانون الفرنسي : شركة الزوجية الاتفاقية هي شركة الزوجية القانونية ؛ لأن

---

(1) انظر : البنود من 1453 إلى 1596 في الفصول : الرابع والخامس و السادس ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 20 : 30 .

أموالها ثلاثة والسلطة للزوج في الإدارة للثلاثة الأقسام . وإيرادها والمنصرف وأسباب حلها وتصفيتها متفق في الشركتين . فقط تختلف الاتفاقية في أن مالها وما عليها وفي أن تقسيمها بعد حلها يصح أن لا يكون مناصفة ، بل فيه تفضيل أحد الشريكين ، والكلام في هذا الباب على عدة نقط :

أولًا – في تكوين أموال الشركة الاتفاقية : يجوز للطرفين أن يشترطا عدم دخول أموالهما الحاضرة والمستقبلة المنقولة ولا ديونهما كذلك السابقة على الزواج ولا ما يكون دينًا على ميراث أو هبة مستقبلة . وإنما تتكون الشركة بين الزوجين مما يشترى ويتملك من إيراد أملاكهما الخاصة بمعاوضة كبيع ومن أجر عملهما .

وهذا النظام الاتفاقي يكاد يكون عامًّا في كل من يحررون عقد ترتيب أموالهم ، وهو خير من الشركة القانونية ؛ لأنه يجمع منافع الزوجين فقط مدة بقاء ملكيتهما ، فيتكون مال الشركة الاتفاقية من :

(1) ثمرات وإيراد أملاك الزوجين الخاصة ، وحق التمتع بأموال الزوجين خاص بالشركة الاتفاقية .

(2) الناتج من عمل وصناعة الزوجين ، وكذا أجرة عمل الزوجة مع ملاحظة تطبيق قانون سنة 1907 .

(3) ما يتملكه الزوجان بالعوض الناتج عن استعمال المال المدخر من الحالتين المذكورتين قبل هذا .

ويبقى على ملكية كل من الزوجين المنقول الذي كان ملكهما قبل إتمام الزواج ، وكذا المنقول الذي يتملكه كل واحد منهما بدون عوض كالهبة والميراث . وحق التأليف الذي تم نشره قبل الزواج لا يدخل في الشركة ، ولكن ثمن المؤلَّف بعد الزواج يدخل في الشركة .

وأما حقوق المؤلَّف الذي تم تأليفه بعد الزواج ففيها خلاف .

ويدخل فيما على الشركة ما يأتي :

أولًا : الديون المتعاقد عليها الزوج أو الزوجة المأذونة من زوجها أو من القضاء (المادة 1428 من القانون المدني) فتدخل في الشركة الاتفاقية وتسري عليها جميع

القواعد المنصوص عليها في الشركة القانونية .

ثانيًا : الديون التي يتحملها الزواج أو حق التمتع الذي للشركة الاتفاقية على أملاك الزوجين الخاصة كالنفقة على الأطفال والزوجين وفائدة ديون الزوجين الشخصية .

ويبقى دينًا خاصًا الديون التي تعاقد عليها الزوجان قبل الزواج وديون الميراث والهبة الآيلين إلى الزوجين في مدة الزواج فلا يدخلان في الشركة الاتفاقية .

دليل ملكية المنقول بين الزوجين وبينهما وبين الغير :

أولًا : دليل ملكية المنقول بالنسبة للغير : لا يقبل الدليل إلا بمحضر الحصر أو حالة رسمية مشابهة كحالة حساب الوصي فتطبق المادة 1499 .

ثانيًا : دليل الملكية بين الزوجين عند الاختلاف : يقبل الدليل حسب القانون العام بكل الطرق حتى يقبلِ من الزوجة أي دليل حتى الشهرة عند إهمال الزوج عملَ حَصْرٍ لما ورثته ، أو أعطي لها في بحر الزواج .

يجوز لأحد الزوجين اشتراط عدم دخول أي نوع من منقوله المملوك له في الشركة الاتفاقية أو عدم دخول شيء معين كذلك نصًا في عقد ترتيب أملاك الزوجين أو ضمنًا ؛ فالنص كما إذا كتب فعلًا في العقد ، والضمني كما إذا كان ذلك نتيجة شرط آخر ، كما إذا اشترط أن كل مبلغ يعود إليه أو يستحقه يجب مُشْتَرَى عقار به ، فهو في حكم المستثنى من المنقول الذي يجب أن يبقى خاصًا بصاحبه .

ويجوز اشتراط فصل الديون ، وذلك في الديون التي تعاقدها أحد الزوجين قبل الزواج . أما ما تعاقدها مدة الزواج فقد نظمها القانون ؛ فليست محل شروط مطلقًا .

ويجوز اشتراط أن أحد الزوجين ليس عليه دين سابق للزواج . وهذا الشرط لا يؤثر على الدائنين مطلقًا . بل لهم حجز أموال شركة الزوجين الاتفاقية ، وعلى الزوج الذي أعلن هذا الشرط دفع تعويض للشركة إذا دفعت عنه دينه .

ويجوز للزوجين اشتراط إدخال بعض أو كل العقار منهما أو من أحدهما في أموال الشركة الاتفاقية .

الشروط التي تغير تصفية شركة أموال الزوجية القانونية :

يجوز للزوجة اشتراط أخذ ما أدخلته في الشركة عند حلها وتصفيتها حتى عند تنازلها

عنها . وفي هذا مخالفةٌ لقاعدة عدم استحقاقها لشيء من الشركة متى تنازلت عنها ، ومخالفةٌ للقاعدة العامة أن الشريك في الشركات العادية يتحمل المكسب والخسارة ، وليس له اشتراط عدم تحمل الخسارة ، ولكنه جائز في عقد ترتيب أموال الزوجين . ويجب حمل هذا الشرط على أضيق معانيه وتفسيره حرفيًّا بلا توسع فيه بطريق القياس ، ويجب استنزال دينها مما حملت وقت إرجاعه إليها عند انحلال الشركة .

وهذا الشرط لا يؤثر على دائني الزوج ولا دائني الشركة ، بل لهم حجز أموال الشركة بما فيها الأموال المشترط أخذها حتى عند انحلال الشركة . وتكون الزوجة في هذه الحالة دائنة بقيمة ما لها حق استرداده مضمونًا حقها بالرهن على أملاك الزوج القانوني . ولو اشترطت الزوجة عدم جواز الحجز على ما اشترطت استرداده جاز ذلك بنص صريح .

شرط الأرجحية :

شرط الأرجحية اشتراط أحد الزوجين أخذَ عين خاصة أو مبلغ من المال من رأس مال الشركة قبل قسمتها فوق نصيبه . ويصح هذا الشرط لكل منهما أو لهما . ولو كان للزوجة وتنازلت عن الشركة سقط حقها فيه ؛ لأنه زيادة على نصيب أحد الزوجين الشريكين ولا نصيب فلا زيادة . ومع ذلك فللزوجة حق الاحتفاظ بأخذ ما دفعته ولو في حالة تنازلها عن الشركة ، متى ذكر ذلك صريحًا في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وحينئذ تكون دائنة عادية لزوجها .

وتوجد الأرجحية حالة الوفاة ؛ فأحد الزوجين الباقي على قيد الحياة يتمتع بهذا الشرط متى كان هو صاحبه . وأما في حالة الطلاق والتفريق المالي فمن كان الحكم لصالحه تمتع بهذا الشرط . ومن حكم عليه فقد حق الأرجحية كعقاب له على خطئه إن كان هو صاحب الشرط .

ويجوز للزوجين اشتراط عدم التعادل في الأنصبة عند انحلال الشركة ، وذلك في ثلاثة أنواع :

1 - أن يكون لأحد الزوجين الربع أو الثلث بينما للآخر ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أو $\frac{2}{3}$ ، والربح والخسارة يكونان تبعًا لهذا الشرط ؛ فمن يأخذ في الربح الثلث عليه الثلث في الخسارة وهكذا . ولا يجوز اشتراط ما يخالف هذه النتيجة من تحمل أقل مما هو مشروط له ، أو أكثر منه .

2 - أن يأخذ من له حق الزيادة مبلغًا معينًا من رأس مال الشركة قبل قسمتها سواء نضت ربحًا أو كانت خاسرة .

3 - أن يتنازل أحد الزوجين عن حقه في الشركة إلى الزوج الآخر [1] .

بند [110] نظام عدم الشركة

القانون الفرنسي : نظام عدم الشركة : هو أن يحتفظ كل من الزوجين بأملاكه العقارية والمنقولة لنفسه خاصة ، وللزوج إدارة ومنفعة أملاك زوجته .

وهذا النظام أصبح استعماله نادرًا في فرنسا ، وهو النظام العام في ألمانيا بعد قانونها المدني سنة 1900 .

وللزوج حق إدارة أملاك زوجته والتمتع بإيرادتها وغلتها ، وسلطته وحقوقه وواجباته هي التي تقدم ذكرها في شركة أموال الزوجية سواء بسواء .

ويجب على الزوج النفقة على زوجته وأولاده من إيراد أملاك الزوجين الخاصة التي تكون تحت إدارته وما زاد يستولي عليه هو لنفسه خاصة .

وأهلية الزوجة في هذا النظام هي أهليتها في النظام العام وعدم أهليتها كذلك ؛ فلا تبيع ولا تشتري ولا ترتب حقوقًا عينية بدون إذن زوجها ، وذلك فيما عدا ما نص عليه قانون سنة 1907 .

ديون الزوجين في هذا النظام : دين الزوجة السابق على الزوج ودين الزوج كذلك يحتفظ كل واحد بدينه . وليس لدائني الزوجة الحجز إلا على أملاكها الخاصة إن كان هناك حصر لأملاكها المنقولة ، وإلا جاز على أملاك الزوج المنقولة المختلطة .

فإن كان الدين بتاريخ غير ثابت جاز الحجز على ملكية الزوجة الخاصة المجردة . وأما دائنو الزوج فلهم الحجز على أملاك الزوج الخاصة فقط . وأما الدين المتعاقد عليه مدة الزوجية فإن كان من الزوج فهو عليه فقط ، وإن كان من الزوجة بإذنه فعلى أملاكها الخاصة ، وإن كان بإذن القضاء فعليها ، لكن الحجز يكون على ملكيتها المجردة . وكذلك الحال في ديون الميراث والهبة التي تعود إلى أحد الزوجين في مدة

---

(1) انظر : البنود من 1497 إلى 1525 من الفصل الأول إلى الفصل السابع ، من القسم الثاني ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 30 : 39 .

الزواج . يسري قانون سنة 1907 هنا كما يسري مع نظام شركة أموال الزوجية ، وعند انحلال الزواج تعود أملاك الزوجة إليها عقارًا ومنقولاً بدون نقص منها [1] .

بند [111] نظام تفريق الأملاك

القانون الفرنسي : نظام تفريق الأملاك يتكون من عدم وجود أي عقار أو منقول مشترك بين الزوجين فيحتفظ كل واحد منهما بملكية أملاكه وإدارتها وغلتها وإيرادها ، وينتج هذا النظام عن شيئين :

أولاً : عن فصل الأملاك القضائي الذي يضع حدًّا للنظام الذي اتخذه الزوجان عند عمل عقد ترتيب أموالهما .

ثانيًا : قبول نظام تفريق الأملاك في عقد ترتيب أموال الزوجين وقت الزواج . غير أن نظام تفريق الأملاك الاتفاقي قليل وغير مستعمل . والعلماء الذين ينتصرون لحقوق المرأة يفضلون هذا النظام ويعملون لجعله النظام العام لأنه يمنح المرأة الأهلية القضائية ، ويضمن مالية الزوجة من تصرفات زوجها فيحقق لهم الربح . ولأنه لا يحتاج لعمليات مرهقة وكثيرة عند الطلاق أو الموت ولذلك كان هو النظام العام في البلاد التي أباحت الطلاق وكثر فيها .

ومضمون هذا النظام أن كل زوج يحتفظ بأملاكه في الإدارة والمنفعة فمنفعتها مختلفة تمام الاختلاف . فقط على الزوجة أن تدفع لزوجها جزءًا من إيرادها لتساهم في نفقة المنزل .

ويختلف نظام تفريق الأملاك الاتفاقي والقضائي في أن القضائي يمكن أن يتركه الزوجان ويعودا إلى نظامها السابق الذي عمل وقت الزواج بخلاف الاتفاقي ، فلا يمكن العدول عنه .

وفي أن نفقة المنزل التي تدفعها المرأة بعد التفريق القضائي يكون مقدرًا بمعرفة القضاء . وأما في الاتفاقي فهي باتفاق الطرفين في عقد ترتيب أموالهما . على أن المساهمة من الزوجة في نفقة المنزل في حالة عدم الاتفاق لا تتعدى ثلث إيرادها . فإن لم يكن عند الزوج إيراد فعلى الزوجة كله .

فما يخص المرأة في نفقة المنزل يُدْفع للزوج وهو يتولى الإنفاق . فإن اقتصد من

---

(1) انظر : البنود من 1529 إلى 1535 في الفصل التاسع ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 40 ، 41 .

نفقة المنزل شيئًا فهو له سواء ذلك في التفريق القضائي أو الاتفاقي على أنه يجوز قانونًا اشتراط ذلك الدفع للمرأة وهي تتولى الإنفاق وحينئذ ما توفره يكون لها .

أهلية الزوجة في نظام تفريق الأموال :

أولًا : إدارة أملاكها : للمرأة المتزوجة على نظام تفريق الأموال حرية إدارة أملاكها كما تشاء بدون إذن زوجها ولا إذن القضاء . فلها قبض إيرادها وقبض رأس مالها وإعطاء مخالصات وفك الرهونات الضامنة لما قبضته . والتأجير لعقارها أو استئجارها عقار الغير والتعاقد مع متعهد للبناء أو العمارة أو التحسين في أملاكها .

وحصل خلاف في أهليتها في مدة عقد الإيجار ؛ فلها التأجير لأقل من 9 سنين أو لأزيد . والصحيح أن لها الإيجار إلى أزيد من 9 سنين ما عدا عقد الحكر ، لأنه يشترط فيمن يعقده أن يقدر على تمليك الغير وهي لا تقدر بدون إذن زوجها .

ثانيًا : أهلية التمليك : لا يجوز للمرأة تمليك العقار ولا ترتيب حق عيني عليه ولا عقد تحكير للغير بدون إذن زوجها . وأما في المنقول فليس لها التمليك بدون عوض إلا بإذن زوجها ، ولها التمليك بعوض بدون إذنه فيما يعد من إدارة أملاكها ، ومادام تدعو إدارة أملاكها لذلك كبيع محصولها الزراعي مثلًا .

ويجوز لها أيضًا تحويل سنداتها من سندات اسمية إلى حاملها .

ثالثًا : التزامات الزوجة : يجوز لها الالتزام في حدود إدارة أملاكها فقط بما يمكن أن تكون في حاجة إليها كالاقتراض لإدارة أملاكها ، لكن لا يجوز لها ضمان الغير ولا التعامل في البورصة مثلًا .

ومتى تعاقدت والتزمت ما أباحه لها القانون فقد التزمت معها جميع أملاكها من منقول وعقار ضمانًا لهذه الالتزامات .

رابعًا : التقاضي أمام المحاكم : لا يجوز للمرأة المتزوجة على نظام تفرقة الأملاك الحضور أمام القضاء إلا بإذن زوجها سواء في العقار أو المنقول وإن كان لها التصرف في المنقول .

أما أملاكها الناتجة من اقتصادها من أجرها والتي حفظها لها قانون سنة 1907 فأهليتها فيه أوسع وذلك أن لها حق التمليك فيها بعوض حتى في العقار . ولها حق الحضور أمام القضاء بدون إذن زوجها فيما يختص بهذه الأملاك .

(نتيجة المقارنات من بند 97 إلى نهاية بند 111)

يختلف التشريعان فيما يأتي :

عقد أملاك الزوجين – صفات عقد ترتيب أملاك الزوجين القانونية – أشكال الزواج الأساسية – قاعدة حرية التعاقد الخاص بأموال الزوجين – قاعدة علانية عقد ترتيب أموال الزوجين – إشهار عقد ترتيب أموال الزوجين – قواعد خاصة بأهلية القاصر – الشركة الزوجية القانونية – تكوين شركة مال الزوجية – ثمار وإيراد وفوائد أموال الزوجين – ترتيب الديون – تخصيص الدين – الديون المتعاقد عليها الزوجان مدة وجود الزواج – الديون التي يتحملها الزواج وديون حق التمتع – إدارة شركة أموال الزوجية – إدارة أموال الزوجة الخاصة – انحلال شركة أموال الزوجية – تصفية الشركة (الاختيار) – الشركة الاتفاقية بين الزوجين – نظام عدم الشركة في إدارته – نظام تفريق الأملاك فيما يترتب عليه .

ويتفق التشريعان فيما يأتي :

نظام عدم الشركة في وضعه دون إدارته – قانوني 13 يوليه سنة 1907 وسنة 1919 – نظام تفريق الأملاك في وضعه دون ما يترتب عليه .

تم بحول اللّه وقوته الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله (نظام المهر)

وصلى اللّه على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

فهرس عام للجزء الثالث

من كتاب المقارنات التشريعية

الكتاب الثالث

الكتاب الرابع

أحكام الرهن والامتياز

القسم السادس

الكتاب الأول

الكتاب الثانى

الكتاب الثالث

القسم السابع

الكتاب الأول